

Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?

Elena Lauroba Lacasa

Profesora titular de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

Abstract¹

El importante incremento de divorcios en las sociedades occidentales conlleva que el derecho de familia deba plantearse la salvaguarda del bienestar de los menores hijos de padres divorciados como una de sus prioridades. Recurrir a los tribunales para gestionar los conflictos familiares resulta muy a menudo insatisfactorio, como los propios jueces confiesan. En pocas palabras, los problemas se cronifican. Por ello debemos apostar por el desarrollo de los Alternative Dispute Resolution. Este artículo se centra en el análisis de ADR como el derecho colaborativo, la coordinación parental, la evaluación neutral previa o el arbitraje de familia, a la vez que reflexiona sobre algunos aspectos específicos de la mediación –así, la obligatoriedad o la mediación abierta-. Las experiencias exitosas de derecho comparado constituyen el sustrato de algunas propuestas para optimizar la gestión de los conflictos familiares en nuestro país.

The increase of divorce rate in western societies entails that family law must consider the welfare of children from divorced parents as one of its priorities. The judiciary recognizes that going to court to solve family disputes is usually unsatisfactory, as they tend to become chronic. That's why we should consider and study the development of alternative dispute resolution methods (ADR). This paper focuses on ADR tools, such as collaborative law, parental coordination, early neutral resolution or family arbitration. It also addresses some specific aspects of mediation, such as the possibility of making its use compulsory (mandatory mediation) and the so-called "open" mediation. Successful experiences in comparative law can provide a foundation for recommendations aimed to optimize the management of family conflicts in our country.

Title: Instruments for a constructive management of family conflicts: mediation, collaborative law, family arbitration and...?

Keywords: divorce, joint custody, parenting disputes, mediation, parental coordination, collaborative law, cooperative law, family arbitration, ODR, ENE, Justice Courts; custody disputes, principle of the best interest of the minor.

Palabras clave: divorcio, guarda/custodia compartida, conflictos entre progenitores, mediación, coordinación parental, derecho colaborativo, derecho cooperativo, arbitraje en el ámbito de la familia, ODR, Evaluación Neutral Previa, Tribunales de Justicia, disputas sobre la custodia, principio del interés superior del menor.

¹ e.lauroba@ub.edu El presente trabajo se inscribe en la 2017 SGR 151. También se apoya en el proyecto DAS-UB, y en el encargo del Departament de Justícia (2017) –desarrollado conjuntamente con Montserrat TUR, abogada de familia, mediadora y *divorce coach*- en relación con el fomento del derecho colaborativo. Quiero agradecer especialmente a Lisa WEBLEY sus clarificadoras explicaciones sobre la situación en U.K. durante mi breve período de investigación en la Univ. de Westminster en julio 2017. También a Montserrat TUR su interlocución cotidiana sobre ADR.

Sumario

1. Presentación
2. Los conflictos familiares. Sus particularidades
3. La mediación como punto de partida del análisis (como piedra angular y como piedra filosofal)
 - 3.1. ¿Repensar aspectos básicos en mediación?
 - a) Convertir la mediación en obligatoria
 - b) ¿Una mediación familiar no confidencial?
 - c) ¿Una mediación familiar basada en los *caucus*?
 - d) ¿Mediación en caso de violencia familiar?
 - 3.2. El papel de los menores en la mediación ¿deben establecerse mecanismos de intervención específica?
 - a) ¿Cómo canalizar la atención a los menores en el procedimiento de mediación?
 - b) La legitimación de los menores para instar un proceso de mediación: la propuesta de la LMDP
 - 3.3. ¿Qué modelo de mediación para las familias?
 - 3.4. Gestión *on-line* de los conflictos familiares: una mediación 2.0
 - 3.5. Una medida para fomentar la mediación: una modificación de medidas que se retrotrae al momento de solicitud de la mediación
 - 3.6. Servicios técnicos de Puntos de Encuentro y mediación
 - 3.7. La mediación como asistencia para elaborar Planes de Parentalidad eficaces
4. El coordinador parental
 - 4.1. Una incisiva modalidad de ADR
 - 4.2. Un ejemplo de adopción meteórica del CoorP: el caso catalán
5. El derecho colaborativo
 - 5.1. Concepto y expansión
 - 5.2. Algunas claves sustantivas: la autoexclusión de los tribunales (la *disqualification*)
 - 5.3. Una modalidad suavizada: el derecho cooperativo
6. ¿Es posible el recurso al arbitraje en cualquier ámbito del derecho de familia?
7. Otras herramientas posibles: descubrir/ innovar cada media hora
 - 7.1. La “Settlement conference” (Conferencia reservada para acuerdos)
 - 7.2. La Evaluación Neutral Previa
 - a) La adecuación de una figura no pensada para el derecho de familia
 - b) Confidential Mini Child-Custody Evaluations
 - 7.3. Los “jueces privados”
 - 7.4. Los Family Relationship Centres australianos
 - a) Origen y funciones
 - b) La atención a la mediación
8. Algunas reflexiones de presente, ergo provisionales
 - 8.1. La pregunta del millón: ¿cómo determinar el ADR óptimo (el debate entre la secuencia y la tría)?
 - 8.2. ¿Y si, puestos a importar herramientas nuevas, incorporásemos en la gestión de

las crisis familiares Programas Educativos Parentales?

- 8.3. Jueces activos/activistas: la reivindicación de una jurisdicción de familia
- 8.4. Mucho está por hacer y mucho es posible. Algunas recomendaciones
9. Coda: Un juez de un juzgado de familia escribe a las partes en conflicto
10. Bibliografía
11. Tabla de jurisprudencia citada

1. Presentación

El importante incremento de divorcios en las sociedades occidentales conlleva que el derecho de familia deba plantearse como una de sus prioridades la salvaguarda de la crianza de los menores afectados, en esa fase de relaciones postconyugales/de pareja. El peor lastre para los menores no es el divorcio o la ruptura, sino el conflicto continuado entre sus progenitores. Demasiado a menudo los progenitores dedican los siguientes años de su vida a urdir incidentes viscerales que consumen su tiempo, su energía y su dinero² en vez de fijar unas coordenadas de actuación responsable respecto de sus hijos. El divorcio no supone el fin de la familia, sino su transformación –esa idea de las *Enduring Families*-³. Siguen siendo padres de sus hijos, como recuerdan los arts. 92.1 CC, 233-8.1 CCCat, 373-2 Code o la *Children Act*. Es preciso que ese nuevo período se asiente, en la medida de lo posible, en la coparentalidad positiva que la UE ha defendido y que en muchas ocasiones parece un brindis al sol.

Se ha constatado que la gestión de los conflictos familiares en los tribunales es determinante para cronificarlos, por la acrimonia que genera y por la identificación de vencedores y vencidos. El progenitor derrotado en un procedimiento de modificación de medidas que baja los escalones del juzgado pensando que ha perdido el punto, pero que todavía se disputan el set, es una imagen recurrente. Y contribuyen a ese estado de ánimo un nutrido grupo de letrados curtidos en la litigiosidad. De hecho, se ha apuntado⁴ que el comportamiento adversarial se manifiesta con mayor frecuencia y rotundidad entre los abogados de derecho de familia que en otras disciplinas. Es una afirmación inexacta, al menos en algunas latitudes: en Inglaterra, una serie de estudios desarrollados durante más de veinte años desmienten esa lectura: un primer estudio, de 1980, publicitó que los abogados (*solicitors*) eran la profesión más valorada por la ciudadanía con la excepción de los médicos de familia; otros estudios posteriores ratificaron esta impresión⁵... Pero en la práctica, se sigue considerando a muchos abogados de familia demasiado beligerantes.

Probablemente los déficits de los procedimientos jurisdiccionales van ligados no a la tarea de los juristas, sino a las características del proceso, donde las pretensiones de las partes, ligadas exclusivamente a parámetros jurídicos, dejan sin resolver aspectos que reaparecen –agravados– en el período posterior. Dicho esto, otros estudios (en este caso americanos) destacan que los clientes experimentan una sensación de hostilidad en el proceso jurisdiccional⁶. Tenemos por tanto un abanico de percepciones con un rasgo común: el foro no parece un espacio óptimo para gestionar los conflictos familiares. Es más, ni siquiera quienes resultan beneficiados en un

² Vid. DEUTSCH (2008); PARKINSON (2014, p.12).

³ PARKINSON (2011, p.24).

⁴ HUNTINGTON (2008, pp. 1280-1281).

⁵ EEKELAAR - MACLEAN (2013, pp.27-32). Se destaca cómo los abogados velaban de modo constante e incisivo por los intereses de sus clientes, intentando lograr acuerdos o, si tenían que acudir a los tribunales, intentando acortar los plazos para reducir los costes... También BARNETT (2017, p. 228), en el mismo sentido. Aunque uno se pregunta si esa actitud no tendrá relación con el hecho de que los *solicitors* no actúen ante los tribunales, como apuntó en su momento ORTUÑO (2014).

⁶ VER STEEGH (2008-2009, p.659) se hace eco de dos importantes estudios en USA. En el primero, entre un 50 y un 70% de los entrevistados opinaba que el proceso jurisdiccional era "impersonal, intimidating, and intrusive". En el segundo, un 71%, "distrust "to a further extreme."".

proceso de familia tienen un nivel de satisfacción reseñable.

Por ello, el monopolio jurisdiccional para conflictos de familia tiene numerosos detractores, empezando por los propios magistrados⁷. Y por ello los diferentes operadores que actúan en el ámbito de la familia (juristas, psicólogos, trabajadores y educadores sociales, etc.) están volcados en diseñar nuevas herramientas que permitan relaciones familiares post conyugales/de pareja constructivas. Baste mencionar las iniciativas de dos países de obligado análisis: Canadá y Australia. Canadá publicó en el 2013 un informe de referencia, *Meaningful Change for Family Justice: Beyond Wise Words*⁸ apuntando que “*Canadians do not have adequate access to family justice*”⁹. En dicho informe, a partir de las carencias de los tribunales, perseguía transformar la manera de encarar los conflictos familiares. La Recomendación núm. 8 establecía que el sistema de justicia familiar debía ofrecer una gama de soluciones posibles para ayudar a las familias a ordenar sus diferencias, notablemente el traslado de informaciones, la mediación, el derecho colaborativo, la coordinación parental y el arbitraje¹⁰. Por su parte, el parlamento australiano presentó en el 2003 un exhaustivo documento *Every picture tells a story. Report on the inquiry into child custody arrangements in the event of family separation*¹¹, con 29 propuestas para reformar el derecho de familia.

Ex Recomendación núm. 9:

“The committee recommends that the Family Law Act 1975 be amended to require separating parents to undertake mediation or other forms of dispute resolution before they are able to make an application to a court/tribunal for a parenting order, except when issues of entrenched conflict, family violence, substance abuse or serious child abuse, including sexual abuse, require direct access to courts/tribunal”

El gobierno respondió con otro documento¹², de junio del 2005, en el que anunciaba reformas

⁷ Baste mencionar la implicación incansable de GEMME. Vid. web www.mediacionesjusticia.es

⁸ <http://flsc.ca/wp-content/uploads/2014/10/services5.pdf>. Hemos apuntado que el título es elocuente. Como los autores señalan (p.3): “We see that to a significant extent, the ideas needed to make the family law system work better have already been articulated and we ask, what is getting in the way of the changes that are widely seen as necessary? The first conclusion we draw is that good ideas alone are not enough to change the system”. De ahí que se proponga un cambio integral, basado en seis principios: 1. Put the Public First ... 2. Collaborate and Coordinate ... 3. Prevent and Educate ... 4. Simplify, Make Coherent, Proportional and Sustainable ... 5. Take Action ... 6. Focus on Outcomes ...

⁹ Impactante, porque habían invertido muchos recursos en un sistema exitoso <http://plelearningexchange.ca/database/meaningful-change-family-justice-beyond-wise-words/>

¹⁰ Es un objetivo que también hace suyo el interesantísimo informe quebequés “Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales”¹⁰ [presentado en junio del 2015] a partir del encargo del gobierno al Comité consultative pour le droit de la famille, presidido por el profesor Roy y uno de cuyos principios rectores es “une justice familiale accessible” [http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/droit_fam7juin2015.pdf]

¹¹

https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/House_of_Representatives_Committees?url=fa/childcustody/report.htm. Antes, en el 2001 se publicó el informe *Out of the Maze Pathways to the future for families experiencing separation* (citado habitualmente como *Pathways out of the Maze*) [<http://www.ag.gov.au/Publications/Documents/FamilylawsystemOutoftheMazeAugust2001/FLPReport.pdf>]

¹² A new family law system Government Response to *Every picture tells a story* http://www.dss.gov.au/sites/default/files/documents/govt_response_every_picture.pdf.

sustanciales de la *Family Law Act*. Apostó por una fórmula singular, los *Family Relationship Centres*, que cambian la manera de encarar los conflictos hasta la fecha (vid. apdo 7.4).

Esta contribución se centra, por tanto, en las herramientas que están apareciendo para gestionar los conflictos familiares de manera mínimamente saludable. Hoy, el acrónimo ADR también se lee como *Appropriate dispute Resolution* o, en el caso australiano, se emplea el acrónimo PDR, como *Primary Dispute Resolution*, pues deben intentarse antes de la vía jurisdiccional. El modelo base/metodológico es la mediación, a partir del cual –al menos en el imaginario de las políticas públicas– se consolidan los otros ADR. Son los protagonistas de nuestro análisis, en el que podemos ya anunciar un cierto sesgo, porque se fundan sobre todo en las experiencias de países anglosajones. Es en los territorios de *common law* donde los ADR están consolidados, aunque en ocasiones nos resultan valiosas iniciativas de otros derechos.

Cabría pensar que es una materia *au-delà* del derecho de familia sustantivo y por lo tanto ajena a los intereses de los civilistas. Sin embargo, creemos que forma parte del bagaje que debe incorporar un estudioso del derecho de familia *real*. En otros ámbitos, básicamente de derecho patrimonial, cabe deslindar de modo casi impermeable el derecho civil/mercantil y el derecho procesal. Sin embargo, en el derecho de familia, con esa familia que se transforma pero que sigue siendo familia, es preciso tener siempre presentes los mecanismos que faciliten su funcionamiento y cuya ubicación sistemática se desmarca de las divisiones clásicas. En suma, los civilistas deben prestarle una respetuosa atención.

El presente artículo parte de una sucinta aproximación a los conflictos familiares (2); luego analiza algunos aspectos de la mediación que pueden contribuir a su mejor o más generalizado uso, advirtiendo que en ningún caso se estudia la mediación en sí, sobre la que ya hemos trabajado repetidamente. Sólo hemos querido incluirla, porque mantiene su condición de referente para los demás ADR, y surgen nuevos aspectos sobre los que vale la pena reflexionar, como la *open Mediation* o la necesidad de repensar el rol de los menores en el procedimiento (3). Acto seguido, se sitúan diversos ADR vinculados a los conflictos familiares: la coordinación parental (4); los derechos colaborativo y cooperativo (5); el arbitraje en derecho de familia –tan cuestionado como efervescente– (6); figuras recientes que en el vértigo de la necesidad están proponiéndose, desde la ENP hasta los “jueces privados” (7). El texto concluye con diversas reflexiones y recomendaciones, porque queda mucho por hacer (8).

2. Los conflictos familiares. Sus particularidades

Consideramos conflictos familiares aquellos desencuentros y disfunciones en el funcionamiento de las familias, tanto en la toma de decisiones mientras dura la relación, como en la implementación de las medidas adoptadas al disolverse la pareja. Es un concepto intuitivamente comprendido por las personas que asisten a las familias, y cuyo contenido se obtiene del art. 2 Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado (BOE núm. 198, de 17 de agosto de 2009, en adelante LMDP), que enumera 18 supuestos. Los conflictos paradigmáticos no derivan necesariamente del divorcio, que es un hecho puntual, sino de la gestión de la etapa que inicia. No se trata ya de dilucidar la atribución de facultades –que

también, pues es la primera contienda identificable-, sino de ponerla en práctica.

Jana SINGER -en un artículo de referencia obligada¹³-, identifica cinco índices para encarar estos conflictos, que debemos recordar y completar aquí.

1. Se debe partir de un profundo escepticismo ante el valor de los procedimientos adversariales tradicionales para resolver dichos conflictos. Resulta ya incontrovertido que, a mayor grado de enfrentamiento entre los progenitores, más negativos son los efectos de la disolución en los hijos¹⁴; por ello los tribunales deben abandonar el paradigma de la confrontación en favor de vías que ayuden a los padres a gestionar su conflicto y les induzcan a desarrollar relaciones de coparentalidad positiva tras el divorcio.
2. La mayoría de los conflictos familiares no atienden a aspectos legales sino sociales/emocionales: no encajan adecuadamente en las categorías que enumeran las leyes, en puridad son supuestos de “litigiosidad impropia”. La discusión sobre si el menor debe tener o no móvil o a qué celebraciones familiares asiste no se resuelven mediante la aplicación aséptica/ objetiva de normas o resoluciones judiciales. Ello comporta desplazar una perspectiva legal hacia una atención interdisciplinaria y holística, atenta a todos los aspectos que confluyen en el conflicto. Y para ello se precisa la intervención de profesionales de diferentes ámbitos y una reformulación del rol de los abogados¹⁵.
3. Una nueva inteligencia de los conflictos familiares conlleva reformular también la función /objetivo de los jueces en ese campo. Tradicionalmente, su papel se ceñía al proceso, diseñado para identificar al responsable de la disolución de la familia y -desde esa identificación- ordenar los derechos del otro consorte (de manera capciosa pero ilustrativa, diríamos que para resarcirle de su condición de cónyuge defraudado). Hoy esa interpretación no tiene cabida. Bajo el nuevo paradigma, la tarea de los jueces es supervisar el proceso de reorganización de la familia, gestionar los conflictos en curso (alguna resolución habla de *pacificar*). Es en esta percepción donde tiene cabida la “therapeutic jurisprudence” cuyo número de partidarios se incrementa día a día¹⁶.
4. Para lograr estos objetivos *terapéuticos*, los tribunales de familia están optando por restar énfasis a la resolución por terceros en favor de los procesos de generación de capacidad que permitan a las familias resolver por sí mismas sus conflictos/desencuentros. Para hacerlos operativos, han instituido programas parentales educativos obligatorios y otras medidas dirigidas a la mejora de la comunicación entre los litigantes.
5. Por último, apunta SINGER, es un ámbito idóneo para potenciar las acciones preventivas: prevenir en vez de curar. Ello implica el fomento de instrumentos como los pactos prematrimoniales o la incorporación, en los Planes de Parentalidad, de cláusulas de revisión periódica. Incluso consta que en algunos estados americanos se han desarrollado programas

¹³ SINGER (2009, pp.363-370). Es cita reiterada de los expertos en derecho de familia. Así, PARKINSON (2011, p.185) o ROCA TRÍAS (2012, pp.141-142).

¹⁴ En todos los aspectos. Vid., por ej., RUDD *et al.* (2015, p.452)

¹⁵ SINGER (2009, p.364) “Understanding Family conflict as primarily a social and emotional process, rather than a legal event, also reduces the primacy of lawyers in handling these disputes and enhances the role of nonlegal professionals in the family court system”.

¹⁶ Como exposición introductoria, WELBOURNE (2016, pp.205-221).

de educación matrimonial, algunos concebidos como requisito para obtener la licencia matrimonial –cabe recordar, con ironía, el requisito impuesto por algunas confesiones para las celebraciones con forma religiosa, pero aquí lo identificamos con ciudadanía responsable-. Este tipo de iniciativas se apoya, en EEUU, en un ambicioso programa estatal, de 2001. Potenciar la autonomía privada en el diseño de la relación (o de la relación post-relación) no supone una dejación de los poderes públicos sino configurar un modelo híbrido, ya que los tribunales siguen desarrollando sus [nuevas] funciones¹⁷.

Asimismo, añadimos, estos conflictos se caracterizan por la constante injerencia de las emociones de las partes, que modula su racionalidad. Las partes tienen un nivel de conocimiento recíproco inexistente en otro tipo de conflictos¹⁸. Además, sus actuaciones repercuten muy a menudo en terceros y generan consecuencias colaterales mediatas e inmediatas: así, la disputa de unos progenitores sobre quien asume las clases de repaso de matemáticas del hijo puede dar lugar a que este haga *bullying* a un compañero de clase que destaca en esa materia¹⁹.

Por último, se debe asumir que las decisiones acordadas en los procesos de ruptura de la pareja no son inmutables. La aparición de nuevas circunstancias (nuevos descendientes, cambios de residencia, la evolución de los hijos) conlleva cambios de organización. Este dinamismo debe ser tenido en cuenta por las partes desde el primer momento, para evitar sorpresas. En cierta medida lo anticipa el art. 233-9 CCCat, cuando incluye en el Plan de Parentalidad la necesaria adaptación a las diferentes etapas de la vida de los hijos²⁰.

3. La mediación como punto de partida del análisis (como piedra angular y como piedra filosofal)

La mediación ha sido el ADR por antonomasia para la gestión de conflictos. De hecho, todavía es el centro de las experiencias piloto, el eje de las apuestas normativas –desde las leyes autonómicas con el referente de la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio (en adelante LMDP) hasta la Directiva 2008/52/CEE y su trasposición por la ley 5/2012, de 6 de julio (en adelante LMACM)-. En definitiva, la mediación se ha convertido en el ADR por excelencia y provee un *corpus* doctrinal y una relación de habilidades (esos *skills* que ya han conseguido una bibliografía notable) que contribuyen al fomento de otros instrumentos de resolución alternativa. Así, aludimos a “técnicas de mediación” aplicables a otros ADR, como por ejemplo, en relación con los coordinadores parentales o con el derecho colaborativo.

¹⁷ SINGER (2009, p. 365): “This emphasis on publicly supervised private ordering creates a hybrid model that expands the role of family courts and lawyers beyond their traditional dispute-resolution function. It also extends the time during which families interact with the legal system”.

¹⁸ HUNTINGTON (2008, p.1282). Es especialmente interesante su construcción, disruptiva, a partir de la asimilación de la actuación de los tribunales al modelo “Love-Hated” (p.1283 ss.).

¹⁹ TESLER (2017, p.39): “Badly managed divorces generate consequences that affect public health, community engagement, the workplace and economy, and the raising of a healthy next generation in ways that extend far beyond what any divorce court’s orders can address, making the broader community itself an invisible stakeholder in every divorce”

²⁰ Como decía PARKINSON (2011, p. 191): “There is really no such thing as final arrangements with children”.

Sin embargo, la mediación es poco utilizada en la práctica. Como recuerda el Informe del Parlamento europeo de 24.6.2017, “se utiliza en menos del 1 % de los casos llevados ante los tribunales”²¹. Por ello se suele hablar de la *European Mediation Paradox*, esto es, de la paradoja que se da entre su probada utilidad en términos económicos, de celeridad y de nivel de satisfacción de las partes y su reducido empleo por los operadores jurídicos²².

Esa paradoja ilustra a la perfección la situación de la mediación familiar. Con un plus de gravedad, pues la mediación proporciona ventajas específicas respecto de los conflictos familiares. En primer lugar, posibilita una mejor relación entre los progenitores y un mejor entendimiento de las necesidades de sus hijos²³; en segundo, se ha constatado que los progenitores que organizan la guarda en un proceso de mediación mantienen el contacto con los menores en una proporción notablemente superior a los que han litigado²⁴. Por ello resulta tan enervante el exiguo número de mediaciones familiares en nuestro país.

Dicho esto, la apuesta por la mediación no ha de ser acrítica. Al analizar la implementación de la mediación en otros países, aparece alguna información inquietante. Estamos pensando en Inglaterra y Gales. En el 2012, la *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act* (LASPO) eliminó la asistencia jurídica gratuita de un abogado en los conflictos de derecho de familia, salvo delimitadas excepciones (por ej. abuso/violencia). Consideraba que los gastos generados en los procesos de divorcio no debían ser sufragados por la ciudadanía. Más allá de la argumentación jurídica, el argumento era muy simple y lo reproducimos como lo escuchamos en un debate con expertos en derecho de familia ingleses): ¿verdad que la opción de contraer matrimonio es una opción individual, y que suele ir unida a una serie de fastos y protocolos que asumen las personas concernidas? Pues esos matrimonios que se endeudan para una celebración desaforada y un viaje inolvidable, no pueden pretender que sea la ciudadanía quien sufrague su disolución: el erario público no debe asumir sus gastos jurídicos, derivados de decisiones particulares. Ahora bien, el estado no se desentiende y pone a su disposición servicios de mediación, conducidos por profesionales no jurídicos, para acompañarlos en la organización de su situación postdisolución. Esa política ha sido determinante para la implantación de la mediación en Inglaterra, pero menudean las voces que critican su efectividad real y la tutela efectiva de la parte más débil.

3.1. ¿Repensar aspectos básicos en mediación?

¿Cómo fomentar el uso de la mediación, o qué aspectos podrían hacerla más efectiva o útil para las partes en un conflicto familiar? Como hemos apuntado en la introducción, lo que nos interesa es señalar algunos aspectos vinculados a la mediación familiar que a día de hoy se debaten, sin presentar la figura, que a diferencia de otros ADR presuponemos conocida por todos. El punto de

²¹Parlamento Europeo (Comisión de Asuntos Jurídicos) INFORME sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación) (2016/2066(INI)), p.8.

²² Como ejemplo próximo, las estadísticas del Centre de Mediación en Derecho Privado de la Generalitat de Catalunya del 2017 <http://justicia.gencat.cat/ca/departament/Estadistiques/mediacio/>

²³ PICKAR (2011, p.144).

²⁴ SCHEPARD (2007, pp.682-683).

partida, obviamente, sigue siendo la obligatoriedad, pero también vale la pena atender a cuál es el mejor modelo de actuación, o a una mediación desde las TICS.

a) Convertir la mediación en obligatoria

La voluntariedad es el principio rector e identificador de la mediación. Lo avalan las definiciones de la figura (por ejemplo, art. 1 LMDP; art. 1 LMACM o art. 3 Directiva 2008/52/CE). Es más, en ocasiones se apunta que en realidad es un presupuesto, de modo que sin voluntariedad no cabe hablar en puridad de mediación.

La noción de voluntariedad ha experimentado una interesante evolución, que en última instancia obedece a la voluntad de consolidar la figura. A día de hoy, hablamos de voluntariedad pese a obligar a las partes a acudir a una sesión informativa e incluso a acudir a una primera sesión del procedimiento –como propuso el primer proyecto de transposición de la Directiva 2008/52– siempre que se garantice la efectiva voluntariedad posterior, esto es, la posibilidad de abandonar en cualquier momento el procedimiento²⁵. En aras de fomentar la mediación, diferentes países han adoptado medidas coercitivas. Tempranamente Noruega la impuso a los cónyuges en 1993 antes de poder acudir a los tribunales en caso de separación o divorcio, si tenían hijos menores de 16 años²⁶ y como ejemplo reciente en Francia, el art. 7 Ley n° 2016-1547 de 18 noviembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIème siècle*, de título ya elocuente –ubicado sistemáticamente en el Título II, “Favoriser les modes alternatifs de règlement des différences”-²⁷ impone una tentativa de mediación en determinados casos antes de poder acceder a los tribunales y lo asocia a un plan piloto que durará hasta diciembre del 2019 en once Tribunales de *Grande Instance*, identificados en el Decreto de 16 de marzo del 2017. Permitirán conocer empíricamente la *ratio* de éxito, etc.²⁸. También en Hungría, desde el 2013. Asimismo, en Australia, la reforma legal del 2006 transformó la inducción –enérgica– a acudir a mediación en prerrequisito para personarse en los tribunales en caso de conflicto familiar (es preceptivo presentar un certificado que pruebe el intento de mediación para interponer una demanda, salvo si se prueba la existencia de riesgos, por concurrir

²⁵ GINEBRA-TARABAL (2013); ID (2014). Y recordemos la definición de mediación de la Directiva 2008/52/CE (art. 3): “...Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro.”

²⁶ LAUROBA- MARSAL (2006, p.282).

²⁷ Art. 7: « A titre expérimental et jusqu'au 31 décembre de la troisième année suivant celle de la promulgation de la présente loi, dans les tribunaux de grande instance désignés par un arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, les dispositions suivantes sont applicables, par dérogation à l'article 373-2-13 du code civil. // Les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi que les stipulations contenues dans la convention homologuée peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande du ou des parents ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non. // A peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, la saisine du juge par le ou les parents doit être précédée d'une tentative de médiation familiale, sauf : 1° Si la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil ; // 2° Si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime ; // 3° Si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant. »

²⁸ Arrêté du 16 mars 2017 désignant les juridictions habilitées à expérimenter la tentative de médiation préalable obligatoire à la saisine du juge en matière familiale (JORF n°0069 22.3.2017).

episodios de violencia etc.)²⁹. Y hemos de mencionar Italia, que al transponer la Directiva 2008/52/UE fijó con carácter preceptivo la mediación para determinados asuntos (arrendamientos, comunidades, sucesiones, contratos financieros o de seguros, comodatos o pactos familiares...). El éxito de esa opción, aplaudido en un importante estudio de la UE del 2014³⁰ da fuerza a las propuestas de incorporar, con diferentes grados de coerción³¹, la mediación en los conflictos familiares³², aunque se dé la paradoja de que Italia no incluía los conflictos familiares en relación con esa mediación obligatoria (en ese ámbito, ha desplegado otras experiencias de ADR).

Y debemos recuperar el caso inglés, que tiene la singularidad de haber apostado decididamente por la mediación en los conflictos familiares, al tiempo que se eliminaba la asistencia jurídica gratuita en esa materia, como anunciábamos *supra*. Las consecuencias son tan importantes que merecerían una contribución autónoma. Esa política conlleva que un importante segmento de la población se “vea obligada” necesariamente a acudir a la mediación, sin prescripción legislativa directa³³. Ahora bien, más allá de la distinción de opciones a partir de criterios económicos de las partes, los ingleses habían apostado por una sesión informativa singularizada, el MIAM (*Mediation Information and Assessment Meeting*), que se mantiene y que valdría la pena estudiar para mejorar las sesiones informativas en nuestro país³⁴.

Una última observación, interesante porque desplaza la perspectiva. Se reprocha a los mediadores -sobre todo en los territorios en que se potencia la mediación para impedir la tentación judicial- su obsesión inconfesa por la consecución de acuerdos (que las partes lleguen a un acuerdo, cualquier acuerdo -de modo que su actuación, ante esa indiferencia por el contenido es, pese a todo, neutral-). Pues bien, la obligatoriedad supera la misión de la mediación como vía óptima de consecución del acuerdo (“*the Settlement Mission*”, en expresión de SEMPLE), porque si todos han de recurrir a la mediación como fase necesaria, ese objetivo se diluye³⁵. Nos limitamos a apuntarlo.

²⁹ RHOADES (2010, pp.183-194). ORTUÑO (2014, p.418) también menciona esta exigencia en relación con Canadá.

³⁰ [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)

³¹ DE PALO-D'URSO (2016, 11-17), también responsables del Estudio de la UE del 2014, diferencian cuatro modos de implementación de la Directiva, que se corresponden con cuatro grados de interpretación de la voluntariedad: “Full voluntary Mediation; Voluntary Mediation with Incentives and Sanctions; Required Initial Mediation Session y Full Mandatory Mediation”).

³² La STJUE de 14.6.2017, que resuelve sobre la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Verona, es el último aval respecto de la mediación como requisito obligatorio y previo a la vía jurisdiccional.

³³ También tiene el efecto colateral de un incremento desmedido de la LIP [*Litigation in Person*], como vía para actuar en los tribunales. Este es un fenómeno que está incrementándose a pasos agigantados en los países anglosajones, desde EEUU hasta Australia. En Inglaterra se asocia de manera evidente a la ley del 2012. Apuntaba BARNETT (2017, p. 231) que en el período entre abril y junio del 2015 aproximadamente una tercera parte de los casos vinculados a la *Children Act* se desarrollaron sin representación legal, frente a un 10% entre enero y marzo del 2011... La LIP comporta una disfunción colateral: la mayor dificultad para cerrar acuerdos, dados los “high levels of animosity, distrust and/or fear” y el hecho de que “LIPs do not understand the law and introduce the ‘wrong issues’” (BARNETT 2017, p. 232). Un Informe prácticamente exhaustivo en TRINDER *et al.* (2014).

³⁴ Vid. la estupenda secuencia histórica en Linda PARKINSON (2013). Recientemente BARLOW (2017) y BARNETT (2017 –de título elocuente- “Family law without lawyers – A systems theory perspective”).

³⁵ SEMPLE (2012, p.234).

b) ¿Una mediación familiar no confidencial?

Tampoco podemos imaginar una mediación sin confidencialidad, el otro principio angular de la institución. Sin embargo, en Ontario se ha adoptado la *Open Mediation*. Se trata de una modalidad que no está sujeta al principio de confidencialidad (1) y en la que el mediador puede emitir, en relación con los aspectos no resueltos, un informe al juez³⁶ (2). Esa es la definición genérica, aunque en Ontario parece que la clave es que da lugar a ese informe del mediador dirigido al tribunal. Esa comunicación entre ambos convierte a aquel, en cierta medida, en un auxiliar de los juzgados.

La mencionamos por su singularidad, solo nos consta en ese territorio³⁷. Parece factible ante el arraigo de los ADR en Canadá –que permite experimentos interesantes– y desde esa voluntad de enfatizar la autonomía de las partes en conflicto, gestoras de las características de su proceso.

En realidad, encontramos alguna variación de mediación no confidencial –aunque no tipificada como *open*– en diferentes puntos de Norteamérica, significativamente en California, entendida como pasarela informativa del mediador al juez, que en la praxis frecuentemente se traduce en recomendaciones (otra manera de burlar la confidencialidad, pero también otros principios rectores...) ³⁸. Entronca con esa multiplicación de ADR que proponen y experimentan unos tribunales empeñados en superar su estructura adversarial. El problema, a nuestro juicio, es que no es mediación *stricto sensu*. Y que a día de hoy en España no tendría el menor éxito.

c) ¿Una mediación familiar basada en los *caucus*?

¿Puede mejorar la *ratio* de acuerdos una mediación familiar con un procedimiento que incorpore de manera no excepcional las sesiones individuales, esto es, los *caucus*? Sabemos que la mediación familiar se asienta en la presencialidad de las partes en el proceso (algunas leyes la estiman un principio rector: así, el art. 8 LMDP o art. 4.3 Ley 15/2003, de mediación familiar

³⁶ <https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/family/mediation.php>: “In closed mediation, all discussions between the parties and are confidential and cannot be used as evidence against either party, with very few exceptions (...). In addition, the mediator will not report to the lawyers or the court on the progress of the mediation or provide an opinion on the issues that have been discussed in mediation to anyone other than the parties themselves. // Open mediation means that the process is not confidential. With open mediation, the agreement to mediate or mediation contract may also authorize the mediator to prepare a report once the mediation finishes.

³⁷ De hecho, si lo asociamos al concepto de “deber constitutivo” en sede de mediación, referido a “aquellos deberes cuyo incumplimiento pondría en cuestión la propia noción de mediación” (CALVO, 2018, p.103) podría cuestionarse la noción misma de mediación, pero en este caso es una prueba más, creemos, de su ductilidad.

³⁸ MOSTEN (2011, p.121): “While confidentiality was initially a foundational aspect of mediation, some jurisdictions have removed the confidentiality and mediators have been permitted, encouraged, and sometimes required to provide a recommendation directly to the court if the parties do not reach agreement in court-ordered mediation. Despite a California Supreme Court case affirming confidentiality as central to the state's policy of mediation, court rules permit mediators to “report” recommendations based on communications (including admissions, offers, and behavior) of the parties. In essence, in reporting counties (well over fifty percent of jurisdictions within California), the mediators perform mini nonconfidential evaluations for parties ordered to mediation.” (el subrayado es nuestro).

canaria)³⁹. Esa presencialidad, en el ámbito de la familia, se organiza básicamente mediante sesiones conjuntas. Son sesiones en que el mediador ha de ser sumamente cuidadoso en su gestión de las interpelaciones, pues cualquier gesto que una parte interprete -desde su subjetividad- como de mayor proximidad-empatía hacia la otra, puede destruir todo el trabajo anterior. Ese componente emocional puede abordarse mejor mediante *caucus* en algunos supuestos. Es más, con el soporte de estudios de campo, se han defendido también sesiones-*caucus* previas a la mediación, porque parecen útiles para consolidar la confianza⁴⁰.

Los *caucus* -y hablamos de *shuttle Mediation*- se han revelado especialmente valiosos para posibilitar la mediación en casos de agresividad constatable e incluso de violencia familiar. Parece constatado que la hostilidad aminora durante las sesiones individuales e incluso que hay un incremento de acuerdos⁴¹. Además, atendiendo a la construcción narrativa, los *caucus* eliminan la ordenación de las intervenciones y evitan que la respuesta de la parte que interviene en segundo lugar venga determinada por lo que acaba de exponer la parte que habló primero⁴². Ahora bien, también pueden presentar inconvenientes, en términos de eficiencia⁴³. En realidad, la conclusión es simple. Hemos mencionado esta particularidad porque aparece de manera intermitente en los debates sobre el mejor desarrollo del procedimiento. La flexibilidad de la mediación comporta que si el mediador estima pertinente una sesión individual en un momento dado, deba poder hacerlo⁴⁴. No debemos olvidar una máxima que se repite recurrentemente al situar la mediación: las partes son las dueñas de los contenidos y el mediador, del proceso.

d) ¿Mediación en caso de violencia familiar?

El art. 87.ter LOPJ (a partir de la reforma de LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE n.313, 29.12.2004)) prohíbe la mediación en caso de violencia familiar o de género/machista [“está vetada” señala el precepto]. Como ejemplo próximo, en el art. 233-6.1 *in fine* CCCat, se excluye la mediación de “los casos de violencia familiar o machista”.

La prohibición, nuclear en la teorización sobre la mediación, se basa en el convencimiento de que

³⁹ Vid. VILALTA NICUESA (2018, pp.69-74) que contrapone y deslinda los conceptos de carácter personalísimo o *intuitu personae* vs. Inmediación, presencialidad o coetaneidad.

⁴⁰ BOWEN (2013). El interés de este trabajo es que recoge las voces (ergo las experiencias) de un grupo de mediadores.

⁴¹ ROSSI *et al.* (2017, p. 392).

⁴² ROSSI *et al.* (2017, p. 394): “According to a narrative perspective on mediation, the party who first gets to tell his/her story is at an advantage because the other party must defend or argue about the base of the story of the party who went first (...) Shuttle mediation helps overcome this issue because the mediator can give each party the chance to share their story as the first story, regardless of which party the mediator meets with first”.

⁴³ ROSSI *et al.* (2017, p.394): “... a party may perceive the mediator as showing preference for the other party if their own private meeting is of a shorter duration”. Una prevención, añadimos, que también se menciona recurrentemente al hablar de la mediación mercantil...

⁴⁴ Por ejemplo, cuando en Reino Unido el Ministerio establece los criterios de la *legal aid* en relación a la mediación incorpora -asume- dichas mediaciones individuales... [Legal Aid Agency, Family Mediation Guidance Manual - versión 4.0-marzo 2015- <https://www.gov.uk/guidance/legal-aid-family-mediation#contents>]

la violencia impide una igualdad real de las partes en el proceso, pese a las habilidades del mediador. Los acuerdos se fundarán en un consentimiento viciado –y recurrimos al concepto “vicio”, como categoría clásica del negocio jurídico-. Además, la víctima, enfrentada a la otra parte, experimenta un incremento de dolor y miedo, incluso si disimulado por la aparente seguridad (confortabilidad) del procedimiento y puede verse sometida a una serie de presiones para los años de crianza⁴⁵ (lo que entronca, además, con acordar desde el temor un régimen de custodia compartida...). Asimismo, se objeta que la mediación mira siempre hacia el futuro, minimizando el historial previo (en lenguaje coloquial, combinaría algo de “borrón y cuenta nueva” y “pelillos a la mar”), lo que supone un agravio añadido para las víctimas⁴⁶.

Este ha sido un principio indestructible, pero a día de hoy la contundencia con que se proscribía la mediación no acalle voces en contra, en primer lugar porque es un error impedir *a priori* su uso a un sector de la población, pese a sus ventajas; en segundo, porque es conveniente abordar los casos de manera individualizada, ya que el concepto violencia no es único. Así, por ejemplo, en América, el *Model Code on Domestic and Family Violence* (1994), fruto de la colaboración entre jueces, abogados y otros expertos, establece en la Sección 407 la posibilidad de mediación, si la víctima lo solicita⁴⁷. Asimismo, el Gobierno australiano, al analizar la recomendación 9 –vista *supra*– consideraba que los casos de violencia no debían ser automáticamente excluidos. Es verdad que los vincula a los *Family Relationship Centres* (vid. Apdo 7.4), pero avala la evolución del debate. En definitiva, el pragmatismo y la pluralidad de situaciones conllevan la progresiva experimentación respecto de los límites. En Cataluña se desarrolló un programa piloto para casos en que se partía de una denuncia por violencia de género, que se desestimaba. Fue muy satisfactorio en términos de porcentaje de acuerdos⁴⁸, aunque –justamente– identificaba conflictos en que el elemento de violencia machista había sido desechado.

Quizás, como apuntaba Ramon ALZATE (2008, p.63), en vez de preguntarnos sobre si se puede usar la mediación en casos de violencia de género, la cuestión adecuada sería “¿Qué proceso podemos utilizar que ayude, de la mejor manera posible, a las personas involucradas en una relación abusiva a afrontar los conflictos existentes entre ellas, de tal manera que puedan retomar sus vidas sin violencia y sin necesidad de intervención legal?”. Esa parece la clave de la reflexión. Y, desde luego, un nuevo espacio en que la mediación puede tener cabida.

⁴⁵ Vid. estudios recogidos en PUTZ *et al.* (2012, p.414)

⁴⁶ Vid. VER SCHEER (2003) y PUTZ *et al.* (2012).

⁴⁷ Sec. 407. Duty of mediator to screen for domestic violence during mediation referred or ordered by court. 1. A mediator who receives a referral or order from a court to conduct mediation shall screen for the occurrence of domestic or family violence between the parties. 2. A mediator shall not engage in mediation when it appears to the mediator or when either party asserts that domestic or family violence has occurred unless: (a) Mediation is requested by the victim of the alleged domestic or family violence; (b) Mediation is provided in a specialized manner that protects the safety of the victim by a certified mediator who is trained in domestic and family violence; and (c) The victim is permitted to have in attendance at mediation a supporting person of his or her choice, including but not limited to an attorney or advocate. [http://www.ncjfcj.org/sites/default/files/modecode_fin_printable.pdf]

⁴⁸ Vid. el interesante trabajo de SORIA *et al.* (2011). Como síntesis, VERGARA-GUILLAMAT (2009, pp.91-98).

3.2. El papel de los menores en la mediación ¿deben establecerse mecanismos de intervención específica?

a) ¿Cómo canalizar la atención a los menores en el procedimiento de mediación?

Dice HINOJAL que en la mediación “los hijos están ausentes presencialmente pero presentes virtualmente”⁴⁹. Esa situación choca con su derecho a ser oídos⁵⁰ (art. 2 LOPM). Está claro que los menores son los protagonistas de numerosos conflictos mediables, pero resulta controvertido de qué modo conviene implicarlos en su gestión (o incluso si es mejor no hacerlo, porque acaban experimentando perjuicios). Aquí se yuxtaponen dos perspectivas: la “mediación centrada en los menores” (*Focused-child Mediation*) y la “mediación que incluye a los menores” (*Inclusive-child Mediation*)⁵¹. La primera se corresponde con la fórmula clásica; la segunda busca la manera de atribuirles un rol activo. Se afirma que la presencia de los menores refuerza la voluntad de los progenitores de centrarse en sus necesidades y que es muy probable/frecuente que les den información adecuada sobre su divorcio; solo el hecho de ver a sus progenitores sentados en una misma mesa incrementa la seguridad de los menores...; en contra se aduce que se los coloca en medio de conflicto aumentando su sufrimiento, que surgen conflictos de lealtades (estas críticas parecen imaginar posiciones antagónicas/binarias, lo que no siempre ocurre en la práctica⁵²); asimismo, incorporarlos activamente a la mediación supone una abdicación de la responsabilidad parental. Pese a preferir claramente la segunda opción –por la que ya ha apostado Australia en los *Family Relationship Centres*–, no podemos denostar la primera: es una plasmación más del debate entre protección/participación, rebotante de buenas intenciones.

¿Cómo escuchar a los menores? Es un debate antiguo, con el referente pionero del informe de la *National Family Mediation* del Reino Unido en 1994, “Given Children a Voice in Mediation” y con el soporte, quince años después, del completo Informe del gobierno canadiense del 2009⁵³. El material más reciente y útil, en este momento, es el *Report of the Voice of the Child Dispute Resolution* presentado en marzo del 2015 en Reino Unido por un Consejo Asesor constituido *ad hoc*⁵⁴, que concluía con 34 recomendaciones. El informe defiende una mediación inclusiva y la participación activa de los menores en cualquier ADR. El Ministerio de Justicia (Simon HUGHES) hizo acuse de recibo con una Respuesta en que asumía dichas Recomendaciones⁵⁵, aunque sin respaldo económico evidente... Del informe se desprenden cuatro propuestas sobre cómo integrarlos, a partir de experiencias conocidas en otros territorios⁵⁶.

⁴⁹ HINOJAL LÓPEZ (2005).

⁵⁰ Art. 9 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; también el art. 7 Ley 14/2010 [catalana], del 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades de la infancia y la adolescencia.

⁵¹ BELL *et al.* (2013, pp.116–142).

⁵² CASHMORE-PARKINSON (2009, p.19).

⁵³ <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/vcsdm-pvem/pdf/vcsdm-pvem.pdf>

⁵⁴ Final Report of the Voice of the Child Dispute Resolution Advisory Group https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/421005/voice-of-the-child-advisory-group-report.pdf

⁵⁵ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/417152/government-response-to-voice-of-the-child-advisory-group.pdf

⁵⁶ Vid. *Final Report*, p.11. TAYLOR (2017, 667). Ahora bien, no todo es entusiasmo acrítico. En el estudio de BELL *et*

- 1-. El mediador de los progenitores habla también con los menores y luego se lo comunica a aquellos (éste es, a día, de hoy, la vía más utilizada);
- 2-. Un comediador habla con los menores y luego informa al otro mediador y a los progenitores;
- 3-. Un profesional diferente, experimentado en trabajar con menores, habla con ellos y luego informa al mediador y a los progenitores.

Hay que reconocer que tanto la incorporación de otro mediador como de un “child consultant” han sido cuestionadas por razones pragmáticas, esto es, por el coste adicional que suponen⁵⁷.

4-. Los niños participan en un workshop con otros niños y sus opiniones son comunicadas a los padres por el mediador... Esa “voz” de los menores no es necesariamente oral. Puede reflejarse a partir de dibujos, videos... de la manera que les resulte más fácil...

Asimismo, también se ha propuesto que los menores asistan a la primera sesión -que no a las restantes-, o que se incorporen en el momento previo a la firma del acuerdo⁵⁸.

Está claro que si la mediación es un procedimiento atento a las singularidades de cada supuesto, la relación con los menores ha de atender a su carácter y circunstancias⁵⁹. Además, ellos deben consentir en participar, no cabe conminarlos. El informe inglés identifica, como edad standard de participación, los 10 años. Y una precisión: en los estudios sobre mediación inclusiva se constató (porque los menores lo explicaron) que a menudo no querían contribuir a la construcción de los acuerdos *stricto sensu*: lo que deseaban era manifestar su desazón, reivindicar que existían como hijos, que querían de algún modo saber más de un hecho que transformaba su existencia anterior⁶⁰. Un dato no negligible.

b) La legitimación de los menores para instar un proceso de mediación: la propuesta de la LMDP

En España, algunas leyes autonómicas recogen la intervención de los menores en los procesos de mediación. Pensemos por ejemplo en el art. 21 de la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria: “Las personas menores podrán intervenir en la mediación en la medida en que, conforme a la legislación sustantiva, ostenten capacidad para disponer del objeto del conflicto”. Pero aquí, en esa disquisición sobre cómo gestionar de modo

al. (2013, p.136) se crearon dos grupos, uno de mediación inclusiva y otro no: “While there was no significant difference between the two groups in the reported level of conflict with their former partner at separation and before they started the mediation, only five of the 14 parents in the child-inclusive group felt that mediation had helped them to resolve some or all of the issues that they went with, compared with 13 out of 19 in the comparison group”. En general, parecía mejor el no inclusivo, aunque la mayoría de los progenitores manifestó su satisfacción por la implicación de sus hijos, que creían mejoraba su relación y les hacía más conscientes.

⁵⁷ EWING *et al.* (2015, p.5).

⁵⁸ Vid. ALZATE (2008, pp.57-63) que tempranamente enumera en nuestro país esas posibilidades.

⁵⁹ HINOJAL LÓPEZ (2005, pp.160-163). Un buen ejemplo de protocolización de la intervención de los menores en el apdo 5.7 Code of Practice of family Mediators (<http://www.familymediationcouncil.org.uk/resources/CodePrac+090910.pdf>).

⁶⁰ CASHMORE- PARKINSON, (2009, p.18).

constructivo los conflictos de familia, queremos ir más lejos y abordar la legitimación de los menores para instar por sí mismos el procedimiento. Esta posibilidad únicamente la contempla, a día de hoy, el art. 4.2 LMDP [Personas legitimadas para intervenir en un procedimiento de mediación]. Dicho precepto diferencia dos supuestos en relación con los menores:

2. Los menores de edad, si tienen suficiente conocimiento, y, en todos los casos, los mayores de doce años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que los afecten. Excepcionalmente, pueden instar la mediación en los supuestos del artículo 2.1.d, e y f. En los casos en que exista contradicción de intereses, los menores de edad pueden participar asistidos por un defensor o defensora.

Hay, pues, un desdoblamiento de su rol. En primer lugar, tienen el derecho a intervenir en las mediaciones “que les afecten” –como, por ejemplo, en la ley cántabra que reproducíamos *supra*-. Advuértase que el verbo empleado, “pueden”, indica una posibilidad, no una intervención preceptiva. Hay que integrarlo con el art. 13 LMDP que establece que la persona mediadora “Comunica a las partes la necesidad de velar por el interés superior en juego”, interés que se corresponde con ese “interés superior de los menores y de las personas incapacitadas” al que han de dar prioridad los acuerdos de mediación, ex art. 19.2 LMPD⁶¹. La interpretación conjunta de los dos preceptos conlleva, a nuestro juicio, la exclusión de una mediación en que imperativamente participen los menores (ni siquiera evoca esa *Inclusive Child-Mediation*). Pese a la literalidad del artículo, PÉREZ DAUDÍ (2018, p. 42) sostiene que “el precepto garantiza que el menor de edad sea oído en los procedimientos de mediación en que no sean parte, pero que les puedan afectar”⁶² y que “en caso de que no sea oído, el notario o el tribunal deberán analizar la correcta formación del título, por lo que si no consta la audiencia del menor deberán negarse a validar el acuerdo de mediación alcanzado”⁶³. No estamos seguros de compartir su opinión, que tiene, creemos, un importante componente tuitivo.

En segundo lugar, el art. 4.2 LMDP atribuye a los menores legitimación para instar el inicio de un procedimiento de mediación, en relación a los elementos dispositivos en materia de filiación, adopción y acogimiento, en conflictos vinculados al derecho a conocer el propio origen (art. 2.1.d) LMDP -y art. 235-49 CCCat-), en conflictos derivados del ejercicio de la potestad parental y del régimen y forma de ejercicio de la guarda de los hijos (art.233-10) y en conflictos relativos a la comunicación y a la relación entre progenitores, descendientes, abuelos, nietos y otros parientes y personas del ámbito familiar (art. 2.1.f) LMDP). Obviamente, siempre que el menor esté implicado en el conflicto. Implicación parece sinónimo de parte, pero cabe defender una interpretación amplia, de modo que el menor podría instar la mediación ante un conflicto entre sus progenitores del que es espectador y también víctima, pero no actor destacado. No hay garantía de que ellos acepten, es cierto, pero esa intervención puede contribuir a una concienciación de la situación, a comenzar a desatascar el conflicto.

⁶¹ Vid. MARÍN SÁNCHEZ (2018, pp.132-133) quien recuerda que “ese pronunciamiento no va más allá de un mero principio cuya infracción no tiene sanción alguna”. Dado que la ley se inspira claramente en la mediación familiar, se piensa en el efecto de “la no aprobación de los acuerdos de mediación si lo pactado no es conforme al interés del menor”

⁶² Afirma, también, que no cabe la subsanación de la falta de audiencia ante el tribunal de los menores de edad afectados.

⁶³ PÉREZ DAUDÍ, *Ibidem*.

Esta es una novedad importante, que puede consolidar el uso de la mediación para conflictos familiares. Solemos lamentar que las partes en conflicto -los progenitores- desconocen en qué consiste la mediación, de ahí el valor atribuido a las sesiones informativas. Ese desconocimiento se predica de los adultos del presente, pero los menores están, a día de hoy, participando en procesos de mediación escolar para gestionar sus conflictos. En otras palabras, muchos menores tienen ya interiorizado el procedimiento de mediación y sus ventajas. Darles la posibilidad de solicitarlo, amplía las posibilidades.

Más complejo resulta situar esa “contraposición de intereses”⁶⁴ que menciona el art.4.2. *in fine*. Y que parece abarcar tanto los casos de participación como de iniciativa. Tradicionalmente, y en relación al conflicto con los menores, esa situación “tiene lugar cuando la satisfacción de los intereses de una de las partes -el representante legal- va ligada, atendiendo a la posición jurídica objetiva de las partes del negocio, a la menor satisfacción de los intereses de la otra -esto es, el menor o el incapaz-”⁶⁵. Habrá que esperar a algún supuesto real, con la paradoja -relativa- de la irrupción de mecanismos procesales en la mediación.

3.3. ¿Qué modelo de mediación para las familias?

En la progresiva construcción de un bagaje teórico que fundamente la práctica, se considera que la mediación en el derecho de familia debe ajustarse al modelo “facilitativo” en que el mediador asiste cooperativo y discreto a las partes para que éstas puedan identificar y generar sus propias soluciones -y restaurar la comunicación-. Baste tener presente el art. 6.2 LMDP que establece que el mediador “ha de ayudar a los participantes a asumir por sí mismos los compromisos y las decisiones sin imponer ninguna solución ni medida concreta y sin tomar parte” o el art.8 Ley 15/2003, de 8 de abril, de mediación familiar canaria, que establece como deber del mediador “Propiciar que las partes tomen sus propias decisiones disponiendo de la información suficiente para que alcancen los acuerdos de una manera libre, voluntaria y exenta de cualquier coacción”. Ambos preceptos plasman el principio de neutralidad, que se identifica en relación con el resultado del proceso de mediación⁶⁶. Por tanto, anudamos mediación familiar y modelo facilitativo.

La voluntad de obtener acuerdos ha llevado a defender una mediación “evaluativa”, al menos en el marco de las relaciones patrimoniales de la pareja⁶⁷. Esa modalidad, además, encajaría mejor en un tipo de conflictos en que intervienen terceros *powerless* (los hijos). Asimismo, su rol en caso de que acompañen a las partes en la elaboración del Plan de Parentalidad, debe asimilarse a la “mediación evaluativa”, aunque algunos expertos prefieren (quizás para conservar las esencias de la mediación) considerarlo un ADR híbrido, que combinaría mediación *stricto*

⁶⁴ El art. 9 LO 1/1996 menciona esos “intereses contrapuestos”.

⁶⁵ LAUROBA (2011b, p.366)

⁶⁶ BARRAL (2018, 57).

⁶⁷ Para una presentación de un caso que se narra diferente en función del modelo escogido, ARSIC (2016)

sensu/evaluación⁶⁸. Estaríamos en puridad ante un “*parenting Planner*”, una figura que precisa de un *corpus* teórico propio (un adecuado deslinde beneficia ambos ADR⁶⁹.)

Ciertamente, la mediación familiar se corresponde a día de hoy con el modelo facilitativo, que la experiencia revela no necesariamente aséptico. Algunos críticos afirman que en la praxis se da una “*facilitación selectiva*”, porque los mediadores impulsan la adopción de acuerdos sin poder obviar sus propias convicciones⁷⁰. También se ha constatado que en esos casos aparece un porcentaje superior de acuerdos de guarda conjunta. Baste mencionarlo, porque carecemos de un número significativo de mediaciones que evaluar...

3.4. Gestión *on-line* de los conflictos familiares: una mediación 2.0

Junto a la mediación “*clásica*”, empieza a configurarse una mediación *on-line* que formaría parte de los ODR (*On-line Dispute Resolution*). En este caso, además del mediador tercero, existe un “*cuarto*” sujeto/ o parte, pues así se identifica al componente técnico⁷¹. La técnica comporta especificidades en el *modus operandi*, relativas a aspectos nucleares como la confidencialidad o la formación que precisa el mediador⁷². Por ello resulta inexacta la afirmación de que, si se eliminaran los aspectos técnicos, la mediación *on-line* en nada se diferenciaría de la *real*⁷³. El elemento técnico no es un aspecto secundario, pues impregna el funcionamiento del proceso.

Una mediación *on-line* es una prueba más de esa penetración de los recursos tecnológicos en diferentes ámbitos del derecho de familia⁷⁴, desde la celebración del matrimonio hasta un futuro divorcio también *on-line*⁷⁵. Las tecnologías contribuyen a la gestión de los conflictos de maneras

⁶⁸ PICKAR-KAHN (2011, p.60). Ellos dan la siguiente definición: “The Settlement-Focused Parenting Plan Consultation (SFPPC) is a form of evaluative mediation that combines traditional facilitative and interest-based mediation, with its emphasis on self determination and confidentiality, with an evaluative process that provides parents with expertly gathered information to be utilized in devising a parenting plan that meets their children’s best interests”.

⁶⁹ BARSKY (2007, p.569): “Clients have enough difficulty understanding the term mediation as a distinct process. A newly coined term, such as “Parenting Planner,” could be used to avoid confusion about roles. Planners are professionals who use expertise to assess a situation, but who are ultimately guided by the decisions of the clients they are serving (e.g., urban planners or strategic business planners). If a term such as Parenting Planner were adopted, it could be more fully conceptualized, with its own set of theory, ethical standards, and research.”

⁷⁰ EEKELAAR - MACLEAN (2013, p.39)

⁷¹ ALEXANDER (2006, p. 250): “The fourth party concept advocates that technology changes the dynamic of the dispute resolution process, thereby providing new opportunities and risks for users” (el subrayado es nuestro).

⁷² Como recuerda BARSKY (2016, p.34): “Just a mediator needs to learn specific skills to conduct in-person mediation, there are additional skills and strategies that may be required for conducting mediation thorough videoconferencing”. También GILLIERON (2008, p.340): “New skills will thus have to be developed, and new models will have to be found to educate online mediators.”

⁷³ KUHLE (2008, p. 237): “Absent technology, the online mediation process is virtually identical to its offline counterpart.” Podría deducirse, también de la sucinta definición de ODR, como “any form of alternative dispute resolution (ADR) that incorporate[s] the use of the Internet or technological tools” (GILLIERON, 2008, p.302).

⁷⁴ Existen precedentes que podríamos considerar pioneros. En Australia, como consecuencia de la reforma del 2006, funciona desde el 2007 el *Telephone Dispute Resolution Service*, un servicio que hasta el 2012 había gestionado unos 5000 conflictos familiares. Vid. CASEY - EVERED (2012, p. 2034).

⁷⁵ Como excelente introducción, VÁZQUEZ DE CASTRO (2013, pp.213-240). En relación a tecnología e implementación de las visitas *on-line*, BACH-VAN HORN (2008, pp.171-192).

muy diferentes⁷⁶, desde la canalización de la comunicación entre las partes a partir de las técnicas de comunicación preexistentes (correo electrónico, chats etc.) hasta mecanismos de avance del proceso mediante el uso combinado de páginas webs, apps⁷⁷ y, como modalidad más sofisticada, mediante propuestas de solución a partir de algoritmos, con el soporte de la inteligencia artificial.

Facilitar la comunicación, aunque nos pueda parecer algo descafeinado cuando hablamos del universo TICS, es fundamental para una gestión constructiva de los conflictos. Como decía pragmáticamente hace años Randy KESSLER -presidente de la sección de derecho de familia de la *American Bar Association* - muchas personas no quieren hablar directamente con sus ex porque les irrita hasta el timbre de su voz⁷⁸. Los *e-mails* o los calendarios *on-line* son una alternativa eficaz. También esos *apps* que se pueden descargar en los móviles en menos de un minuto⁷⁹. A nivel de organización podemos citar, como ejemplo paradigmático, la web *Our Family Wizard*⁸⁰, muy conocida por los tribunales americanos⁸¹. Criba en cierta medida los mensajes enviados, lo que es una ventaja.

La mediación *on-line* es un buen instrumento para los supuestos en que los progenitores viven en localidades muy distantes, lo que dificulta mucho o directamente impide la presencialidad. Skype está convirtiéndose en un instrumento útil para crear espacios de diálogo aunque nos parece preferible construir plataformas específicas, gestionadas por mediadores hábiles en las técnicas. Ante esta realidad, resultan especialmente interesantes las Guías de Asesoramiento para mediaciones *on-line* que han elaborado Australia y Canadá –aunque aquí su carácter pionero también viene dado por su propia extensión territorial-. En concreto, podemos mencionar los informes del Abogado General australiano *Development and evaluation of Online family dispute resolution capabilities*⁸² y de British Columbia: *Mediating for a Distance. Suggested Practice Guidelines for Family Mediators*⁸³. También el *Manuel de pratique de la médiation familiale à distance*, editado por el Colegio de Abogados de Québec⁸⁴. Las mencionamos porque deberían ayudarnos a elaborar materiales parangonables en nuestro país.

Las mediaciones *on-line* tienen otra ventaja, no necesariamente asociada a la gestión de la distancia. Permiten el asincronismo, esto es, la comunicación no simultánea⁸⁵. Ello es factible

⁷⁶ ALEXANDER (2006, p. 245): “From automated blind-bidding procedures and e-mediators, to online mediation platforms with a human facilitator and online filing and case management in courtconnected programs, ODR has many faces”.

⁷⁷ En general, LAUROBA (2018, pp.281-296). También KRUSE (2008).

⁷⁸ LAUROBA (2013b, p.22.)

⁷⁹ Como ejemplo muy próximo y reciente, ligado a la buena crianza, <https://play.google.com/store/apps/details?id=cat.gencat.administraciojusticia.eataf.gencateataf>

⁸⁰ <https://es.ourfamilywizard.com/>

⁸¹ Como se ha hecho notar lúcidamente, en nuestro mundo moderno muy probablemente apretamos el botón de enviar el mensaje demasiado deprisa, y enviamos e-mails “that are unkind, if not disruptive”. Una web como esta puede reducir el conflicto y procurar pruebas verificables de cómo se comunican las partes (LEWIS, 2015, p.374).

⁸² <https://www.ag.gov.au/Publications/Pages/OnlineFamilyDisputeResolutionEvaluation.aspx>

⁸³ http://www.mediatebc.com/PDFs/1-14-Family-Mediation---FAQs/Guidelines_Mediating-from-a-Distance-%28Second-editi.aspx

⁸⁴ Se proclama deudor de la guía de B.C. <http://coamf.org/manuel-de-pratique-de-la-mediation-familiale-a-distance-61.html>

⁸⁵ LAVI (2014-2015, p.502).

porque suelen asentarse en la escritura como mecanismo de comunicación (con independencia de que en determinadas sesiones, las partes tengan contacto visual, gracias al uso de pantallas etc.). Se ha destacado que recurrir a la escritura modera las emociones y fuerza a las partes a centrarse en los aspectos en que les conviene centrarse: dos ventajas no menores⁸⁶. Como aspecto negativo, está constatado que las posibles demoras en el tiempo generan una cierta frustración en la parte que aguarda la respuesta. Por ello se propone que, con carácter previo al inicio del procedimiento, se establezcan los períodos de respuesta. Se puede incluso fijar que, en relación a cuestiones complejas, si usualmente es necesario un período de respuesta superior, se convenga que se debe, igualmente, responder en 24 horas, aunque sólo sea para señalar que la respuesta está al caer. Pero el aspecto que preocupa especialmente a los mediadores es la imposibilidad, al utilizar estos canales de comunicación, de poder analizar el lenguaje no verbal de las partes. Es otra de las claves que inciden en la necesidad de una formación específica de estos profesionales en mediación *on-line*, como recuerdan machaconamente las Guías.

A día de hoy, encontramos diferentes iniciativas públicas y privadas, que convierten en una realidad la gestión *on-line* de los conflictos. Holanda, que incorporó el Plan de Parentalidad desde el 2009, habilitó al mismo tiempo un procedimiento *on-line* para facilitar la adopción de los acuerdos y la relación directa -sin intermediarios- pero despersonalizada. En Australia, los profesores BELLUCCI y ZELEZNIKOW de la Victoria University desarrollaron un software, *Family Winner*⁸⁷ para ayudar a las parejas a llegar a acuerdos en caso de divorcio. Pero ellos mismos consideraron, al cabo de un tiempo, que dicho software resultaba insatisfactorio en relación con los hijos. Por ello, crearon *Family Mediator*, como garantía de *win-to-win* para adultos y menores. Eran prototipos que no se comercializarían, pero constituyeron una referencia. Más adelante, en Holanda se puso en marcha una plataforma, *Rechtwijzer*, que atendía a las parejas en tres fases (*Intake*, *Negotiation* y *Review*) y también incorporaba como opciones la mediación y el arbitraje⁸⁸. Inasumible económicamente, cerró dos años después de su puesta en marcha y dio paso al Proyecto *Justice42*, que previsiblemente tendrá mejor fortuna⁸⁹. Lo que resulta incontestable es que la tecnología va a proporcionar instrumentos eficaces para una gestión constructiva de los conflictos. Por ello es imprescindible comenzar a investigar en este campo.

3.5. Una medida para fomentar la mediación: una modificación de medidas que se retrotrae al momento de solicitud de la mediación

Es público y notorio que el CCCat hizo una clara apuesta por el empleo de la mediación, independiente de la LMDP⁹⁰. Más allá de mencionarla en una serie de supuestos, se contempla específicamente la intrajudicial en el art. 333-6, pero acaso la novedad más interesante -y la que nos parece exportable- aparece en el art. 233-7-3 CCCat:

⁸⁶ LAVI (2014-2015, p.503).

⁸⁷ <http://jurix.nl/pdf/j03-03.pdf>. Vid. también GRAMATIKOV - KLAMING (2012)

⁸⁸ <http://www.hiil.org/project/?itemID=2642>

⁸⁹ <https://law-tech-a2j.org/advice/goodbye-rechtwijzer-hello-justice42/> También, <http://justice42.nl/en/home-3/>

⁹⁰ Al respecto, vid. LAUROBA (2011a).

“Si la parte que solicita judicialmente la modificación de las medidas establecidas por alteración sustancial de circunstancias ha intentado llegar a un acuerdo extrajudicial iniciando un proceso de mediación, la resolución judicial que modifica las medidas puede retrotraer los efectos a la fecha de inicio de la mediación”.

El precepto centra en los litigios de modificación de medidas, porque en su mayoría son contenciosos. Desconocemos normas similares en derecho comparado. Imaginemos un supuesto standard: una de las partes solicita reducir la prestación compensatoria del ex cónyuge porque tiene nuevos gastos familiares (art. 233-18.2 CCCat): ha tenido trillizos. Le propone una mediación para dirimir la cuestión, pero el ex cónyuge lo rechaza o hace caso omiso. Cuando solicite en el juzgado la modificación de las medidas y consiga una reducción de, por ejemplo, 290 €, podrá calcular el importe debido desde el momento en que invitó a la otra parte a acudir a mediación: recuperará el dinero ya desembolsado. Y una precisión: Para ORTUÑO (2014b, p.418), no asistir a una sesión informativa cuando se está en un procedimiento de modificación de medidas, también se inscribiría en este precepto.

Algún autor ha cuestionado la constitucionalidad dado el componente pseudosancionatorio que conlleva, pero el objetivo del artículo es fomentar el uso de la mediación y así debe ser leído⁹¹. De hecho, otros autores estiman que el legislador “ha optado no por imponer una sanción a quien no recurre a mediación, sino por ofrecer una ventaja”⁹² -una afirmación sibilina-. Para sortear las críticas, es preciso adoptar algunas cautelas. Parece necesario, como apunta BAYO (2014, p.426)⁹³, que la parte demandante acredite que el objeto de la mediación era la modificación finalmente otorgada y que, atendiendo al resto de circunstancias, la retroacción sea razonable. Añadiríamos que exige motivación específica en la decisión judicial.

3.6. Servicios técnicos de Puntos de Encuentro y mediación

La Comisión Interautonómica de Directores y Directoras Generales de Infancia y Familias aprobó el 13 de noviembre de 2008 el *Documento marco de mínimos para asegurar la calidad de los puntos de encuentro familiar*⁹⁴, con la siguiente definición de Punto de Encuentro Familiar (PEF):

“Recurso social especializado para la intervención en aquellas situaciones de conflictividad familiar en las que la relación de los menores con algún progenitor o miembro de su familia se encuentra interrumpido o es de difícil desarrollo. Esta intervención es de carácter temporal, desarrollada por profesionales en un lugar neutral, y tiene como objetivo principal la normalización de la situación conflictiva, siguiendo en todo caso las indicaciones que establezca la autoridad judicial o administrativa competente y garantizando el interés y la seguridad de los menores y de los miembros de la familia en conflicto”.

Las CCAA han puesto en funcionamiento estos servicios con el soporte de diversos instrumentos

⁹¹ A día de hoy en otros conflictos -no familiares- en que las partes, pese a la sugerencia de los tribunales, no acudieron a mediación, en otros países se ha establecido que las partes -incluso si ha ganado la controversia- debe pagar las costas del procedimiento, pues no puede pretenderse que sea la ciudadanía la que corra con determinados gastos, cuando desoyeron recurrir a un instituto que en era tan eficaz como económico (vid. ORTUÑO, 2016, p.40).

⁹² TOMÁS (2011, p.848)

⁹³ También ORTUÑO (2014, 426).

⁹⁴ <https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/2009-marco-minimos-asegurar-calidad-pef.pdf> Sobre la figura, GARCÍA-HERRERA (2016) y RODRÍGUEZ GARCÍA (2012).

normativos⁹⁵. Aquí nos interesa su relación con la mediación. Al analizar la normativa encontramos tres posiciones: la proscripción de actuaciones mediadoras en los PEF, la promoción, con el plus del desempeño de actuaciones mediadoras y la omisión.

Cataluña representa la primera opción. Regula los Puntos de encuentro –adscritos al Departament de Benestar Social i Família- en el Decreto 357/2011, de 21 de junio, de los servicios técnicos de punto de encuentro [STPE]. Los anunciaba el art. 233-13.2 CCCat [“Supervisión de las relaciones personales en situaciones de riesgo”]⁹⁶. Como establece el art. 2.1 DSTPE [Finalidad]) “trabajan para la normalización del ejercicio de los derechos de relación y comunicación de los y las menores con sus progenitores y/o familiares, en situaciones de conflictividad, siempre que sea posible y a tenor de la evolución del niño”. Al delimitar sus funciones y los principios que presiden su actuación, los arts. 3 y 5 DSTPE excluyen explícitamente la mediación. Específicamente el art. 5. Al enumerar los principios de actuación que presiden los STPE, menciona:

e) Principio de no mediación. Los y las profesionales del Servicio técnico de punto de encuentro no podrán llevar a cabo ningún procedimiento de mediación con las personas usuarias. En aquellos casos en que se tenga que aplicar la mediación, de acuerdo con la normativa civil, y cuando se considere posible y adecuada, se derivará el caso en el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña y se propondrá una sesión informativa de mediación familiar.⁹⁷

Creemos que en la *mens* de la administración catalana estaba muy presente el temor al desequilibrio que suelen presidir esos supuestos conflictivos, que empeece una mediación real. Además, dado que las familias han de acudir obligatoriamente a los STEF, la deseada voluntariedad no es evidente. Pero, como señalábamos, es una posición que contrasta con las funciones de los PEF de otras CCAA. Así en Navarra se incorpora, como “experiencia

⁹⁵Decreto 93/2005, de 2 de septiembre, de los Puntos de Encuentro Familiar en el Principado de Asturias (BOPA n.214, 15.9.2005); Decreto 2/2007, de 26 de enero, por el que se regulan los puntos de encuentro familiar de la Comunidad de La Rioja (BOLaRioja, núm.14, 30 enero 2007); Ley 13/2008, de 8 de octubre, reguladora de los Puntos de Encuentro Familiar de la Comunidad Valenciana (BOE núm. 265, de 3 de noviembre de 2008); Decreto 7/2009, de 27 de enero, de organización y funcionamiento de los puntos de encuentro familiar de Castilla-La Mancha (DO Cast-LM n.20, 30.1.2009); Decreto 11/2010, de 4 de marzo, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar en Castilla y León y su autorización de funcionamiento (BOCyL n.47, 10.3.2010); Decreto 57/2011, de 20 de mayo de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, por el cual se establecen los principios generales de organización y funcionamiento de los puntos de encuentro familiar por derivación judicial (BOIB, 2 de junio de 2011); Decreto 357/2011, de 21 de junio, de la Generalitat de Catalunya, de los servicios técnicos de punto de encuentro (DOGC, 5906, de 23.6.2011); Decreto 35/2013, de 6 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento de los Puntos de Encuentro Familiar en Aragón (BO Aragón, núm.53, 15.3.2013); Decreto 79/2014, de 25 de marzo, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar de la Junta de Andalucía (Boletín núm. 69 de 9 abril 2014); Decreto 96/2014, de 3 de julio, por el que se regulan los puntos de encuentro familiar en Galicia (BOGalicia, núm.145, 1.agosto.2014);

⁹⁶ “Si hay una situación de riesgo social o de peligro, se puede confiar la supervisión de la relación a la red de servicios sociales o a un punto de encuentro familiar”. Véase VIÑAS (2014a, pp.460-461).

⁹⁷ Los principios que enumera son: a) Primacía del interés superior de los y de las menores. (...) // b) Seguridad de todas las personas implicadas en el proceso de interacción así como la primacía de la protección de las mujeres en situación de violencia machista // c) Confidencialidad y protección de los derechos fundamentales al honor y la intimidad, especialmente con respecto al tratamiento de los datos personales. (...) // d) Imparcialidad y neutralidad. (...) // e) Temporalidad y subsidiariedad. (...)”. Es interesante, no obstante, cómo algunos principios son los de la metodología de la mediación...

innovadora”, la intervención mediadora⁹⁸. También La Rioja incorpora, entre las formas de actuación de los PEF, la “Mediación entre las partes dirigida a lograr la autonomía del servicio: Se trata de propiciar el clima adecuado para que las partes alcancen acuerdos que permitan el cumplimiento del régimen de visitas de forma estable e independiente del Punto de Encuentro Familiar” (art. 6.6 *Decreto 2/2007*). Galicia (*Decreto 96/2014*) establece: [Art. 10. Tipos de intervención] c) Intervención en negociación y aplicación de técnicas mediadoras. El equipo técnico podrá, si lo considera apropiado y cuenta con la voluntad de las partes, intervenir aplicando técnicas mediadoras para conseguir acuerdos que permitan adecuar el régimen de visitas establecido por la autoridad a la realidad familiar, así como para favorecer el ejercicio de la coparentalidad”. En parecidos términos, el art. 12.2.c *Decreto 11/2010*, de Castilla y León. En Castilla-La Mancha (*Decreto 7/2009*), el art. 2 sólo dice: “En los Puntos de Encuentro Familiar está prohibida la mediación en los supuestos de violencia de género”; da lugar a interpretar que sí serán posibles las mediaciones, pero en la relación de actividades –art. 11- Entregas y recogidas, etc., no se menciona⁹⁹. Justamente, la interdicción a la mediación en caso de violencia de género también se plasma en el *Decreto 57/2011*, balear. Entre los tipos de actuación se establece, como posibilidad (que no como contenido nuclear):

c) Intervención en negociación y aplicación de técnicas mediadoras: el equipo técnico puede intervenir, si lo considera adecuado y dispone de la conformidad de las partes, aplicando técnicas mediadoras para alcanzar acuerdos que permitan la adecuación del régimen de visitas que ha establecido el autoridad a la realidad familiar, así como para favorecer el ejercicio de la coparentalidad.

No habrá lugar a esta intervención cuando exista una orden de protección por violencia de género o una resolución judicial que reconozca la existencia de una situación de violencia de género.

Un último grupo de CCAA ni prohíbe ni proclama, con aparente neutralidad. En Andalucía sencillamente se apunta la posibilidad de que el PEF, a la vista del caso, indique al juzgado su conveniencia¹⁰⁰. Aragón ni siquiera menciona la mediación. Asturias (*Decreto 93/2005*) únicamente apunta que el equipo técnico del PEF está integrado por diversos perfiles “siempre con formación básica en mediación y orientación familiar” (art. 23); por su parte la comunidad valenciana (*Ley 13/2008*) solo apunta que los PEF se coordinarán con los servicios de mediación del territorio... (art. 22.1.b).

Dicho esto, el estudio de algunas experiencias constata “un elevado porcentaje de éxito en la normalización del régimen de visitas mediante la aplicación de un modelo de mediación transicional en familias con una escasa judicialización del conflicto” (GARCÍA-HERRERA, 2016,

⁹⁸ MARRODÁN PASCUAL (2014, pp.65-74).

⁹⁹ Como plus, colateral, se establece que la consejería promoverá la formación de los profesionales que trabajan en los puntos en una serie de materias, entre las que menciona la mediación familiar (art. 19).

¹⁰⁰ Art. 11.2 (“Tipos de intervención”) *Decreto 79/2014, de 25 de marzo, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar de la Junta de Andalucía*: “...[c]uando el equipo técnico valore la necesidad de una intervención ajena al ámbito de actuación de los Puntos de Encuentro Familiar que precise de recursos especializados de carácter asistencial o de mediación, lo propondrá al órgano judicial derivante e informará al órgano de la Administración de la Junta de Andalucía competente para prestar los citados recursos, cuando así sea decidido por el órgano judicial”.

p.16)¹⁰¹. Antes, la autora ha hecho notar que el reto no es utilizar técnicas de mediación, puesto que “el verdadero problema estriba en determinar si sería posible articular un verdadero proceso de mediación familiar en el propio PEF”¹⁰². Obliga a repensar las estrategias de mediación en la gestión de los PEF e indirectamente revela cómo las habilidades mediadoras son importantes para los casos más conflictivos, sobre todo si el objetivo final no es solo obtener acuerdos.

3.7. La mediación como asistencia para elaborar Planes de Parentalidad eficaces

Ya hemos abordado los Planes de Parentalidad (en adelante PlanP) en otros trabajos, por ello aquí solo procede una exposición sucinta para recordar su utilidad, vinculándolos a la mediación¹⁰³. En el mundo anglosajón, los PlanP son un instrumento determinante para ordenar de manera eficaz las relaciones de los progenitores tras el divorcio. En nuestro país, hasta la fecha sólo los incorpora el CCCat, reconociéndolos como una figura todavía ajena a nuestras coordenadas. Por eso la ley procura una definición en el Preámbulo [Ley 25/2010 (III § c) 12]):

“[e]s un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. Sin imponer una modalidad concreta de organización, alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos en ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. En esta línea, se facilita la colaboración entre los abogados de cada una de las partes y con psicólogos, psiquiatras, educadores y trabajadores sociales independientes, para que realicen una intervención focalizada en los aspectos relacionados con la ruptura antes de presentar la demanda. Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos”.

El PlanP no va ligado a una modalidad concreta de guarda. La definición procura unos índices identificativos: 1. Potencia la autonomía de los progenitores, que deben “organizar por sí mismos y responsablemente” el cuidado de los hijos (ese *empoderamiento* que preside tantas iniciativas recientes del derecho civil) 2. Comporta “detallar los compromisos que asumen”. Hemos de insistir en el verbo, porque los PlanP atienden a cuestiones acotadas/concretas, superan las vagas declaraciones de intenciones¹⁰⁴ 3. Tiene voluntad preventiva, carácter anticipatorio, pues permite aminorar esos elementos sorpresa de los que siempre desconfía el otro progenitor. 4. Se propugna la intervención de profesionales coordinados, desde la voluntad de integrar a diversos servicios

¹⁰¹ Esa noción de “mediación transicional” es determinante para identificar las actividades mediadoras en los PEF (vid. conceptualización en RODRÍGUEZ GARCÍA, 2012)

¹⁰² (GARCÍA-HERRERA, 2016, p.15) Un interesante relato de cinco casos de actuaciones mediadoras en PEF en RUBIO ÁLVAREZ-MARTÍN GALACHO (2012) y valiosa su reflexión final (p.45): “los PEF no son recursos de mediación. Fueron creados para favorecer el régimen de visitas en situaciones en la que los progenitores no eran capaces de realizarlos de forma autónoma y salvaguardar el beneficio del menor. Pero cierto es, que la mediación es una herramienta fundamental a la hora de trabajar con estas familias instaladas en el conflicto”.

¹⁰³ Vid. LAUROBA (2013a); ID (2012), con abundante bibliografía americana.

¹⁰⁴ Algunos sectores de la abogacía contestaron la obligatoriedad del PlanP porque si se pretendía una concreción de los acuerdos, se corría el riesgo de no llegar a acuerdos. Pero, a nuestro juicio, “cuando se afirma que las partes no se van a poner de acuerdo sobre aspectos concretos de los efectos derivados de la crisis, se está presuponiendo que cuando por fin se concreten surgirá un conflicto... la descripción de las situaciones contribuye si no a despejar, sí a canalizar la desconfianza...” (LAUROBA, 2012, pp.893-894).

comunitarios o de la administración, para las deseadas intervenciones transversales¹⁰⁵.

Durante la tramitación parlamentaria la Comisión de justicia añadió la D.A. 9ª a la Ley 25/2010, que instaba al Departament de Justícia a elaborar un Modelo/Guía de Plan de Parentalidad para uso de los operadores jurídicos. Las comparecencias ante la Comisión de Justicia habían coincidido en señalar que era una figura tan útil como desconocida entre los abogados. Convenía, por tanto, hacer más fácil su empleo. En diciembre del 2010, la Dirección General de Dret i Entitats Jurídiques del Departament de Justícia difundió un Modelo y una Guía explicativa¹⁰⁶. El Modelo adoptaba básicamente el sistema de elección múltiple¹⁰⁷ y se estructuraba en tres partes, que recogían los contenidos del art. 233-9 CCCat¹⁰⁸. En la primera se fijaban los principios que debían regir las relaciones entre los progenitores (facilitarse la información necesaria, no utilizar a los hijos como mensajeros...); la segunda perseguía la implementación de la guarda (ordenar la cotidianidad); la tercera contemplaba cuestiones vinculadas al ejercicio de la potestad (la educación o la orientación religiosa).

El propio art. 233-9.3 incorporaba una valiosa referencia a la mediación que se tuvo presente en los materiales:

3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recorrer a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.

En otras palabras, postulaba incorporar una cláusula sobre el uso de la mediación para dirimir las cuestiones que pudieran surgir al ejecutarlo o interpretarlo (*diferencias*) o cuando cambiaran las circunstancias (vid. también la DA 9ª: “diferentes etapas de la vida del menor”).

Dicho esto, la segunda parte del apartado recoge el aspecto que queremos enfatizar, y es el uso de la mediación (o para visualizarlo mejor, el acompañamiento del mediador) si procede modificar el contenido del Plan, antes de que haya surgido necesariamente un conflicto. Esa es otra función de la mediación a potenciar: una mediación preventiva, para diseñar el futuro. En el derecho comparado, los mediadores intervienen activamente en la redacción de los PlaP y contribuyen a identificar posibles conflictos que pueden surgir en el período posterior a la ruptura y a procurar que las partes bosquejen soluciones. No es imprescindible que existan desacuerdos claramente identificados para que actúe el mediador. Su solvencia profesional lo convierte en el mejor asistente de esas partes que están creando su nuevo marco de actuaciones en ese PlaP.

¹⁰⁵ LAUROBA (2012, pp. 891-892)

¹⁰⁶ Se pueden encontrar en los Web de los Colegios profesionales, Así, http://www.icab.cat/files/242-236774-DOCUMENTO/Guia_Model_Pla%20de%20parentalitat.desembre%202010.pdf El Col·legi de Psicòlegs de Catalunya también elaboró en el 2011 unas Recomendaciones, consultables en su web.

¹⁰⁷ Los progenitores escogían la opción preferida marcando la casilla correspondiente, sin perjuicio de que en algunas materias podían incorporar lo que acordasen ellos. Se intentó un formato relativamente fácil, que hiciera reflexionar a los progenitores sobre aspectos que aparecerían durante de la crianza, pero que no les encorsetaba, de modo que podían organizaran a su conveniencia determinadas cuestiones sólo apuntadas, si lo estimaban preferible.

¹⁰⁸ VÍÑAS (2014b, p.1097); LAUROBA (2012, p.898)

4. El coordinador parental

4.1. Una incisiva modalidad de ADR

Un artículo reciente sobre el coordinador parental [en adelante CoorP] comienza recordando que “Necessity is the mother of invention.”¹⁰⁹. El CoorP surge en los años ochenta de la necesidad de encontrar instrumentos para gestionar la multiplicación de conflictos de escasa entidad en el ejercicio de la guarda –también alguno relacionado con el ejercicio de la potestad parental-. Está pensado para las *High-conflict families*, esto es, esas familias en que los progenitores han demostrado su incapacidad para solucionar por sí mismos las cuestiones referidas a sus hijos y en que la mediación resulta inapropiada/poco efectiva. Su consolidación como ADR se asocia a la publicación, por parte de la *Association of Family and Conciliation Courts* [AFCC] de la *Guidelines for Parenting Coordination*¹¹⁰ en el 2005. Constituye el mejor material para situar el CoorP, junto con la *Guidelines for the Practice of Parenting Coordination*, de la APA [*American Psychological Association*]¹¹¹, del 2012.

La *Guidelines* de la AFCC definía al CoorP como una modalidad de resolución alternativa de conflictos *focalizada* en los menores. Lo presenta como un profesional procedente del ámbito del derecho o de la salud mental con formación en mediación y con experiencia en familias conflictivas¹¹². El CoorP las asistía en el mejor cumplimiento de su PlanP, facilitando la resolución de sus controversias en un plazo adecuado –un aspecto importante, porque gestionar la guarda es gestionar *death lines*–, educando a los padres en las necesidades de sus hijos y protegiendo una relación saludable y segura entre éstos y aquellos. Asimismo, el CoorP despliega sus funciones pedagógicas en relación con los progenitores y las relaciones que mantienen: los asiste en el proceso de “desengancharse” del otro.

Los jueces han apoyado decididamente la figura del CoorP porque la mayoría de los conflictos que examinan tras el divorcio no van ligados a variaciones en el régimen de custodia o de las relaciones personales, sino a discordancias de menor escala carentes muy a menudo de base legal. Como ejemplos, el formato de las vacaciones, la conveniencia de dar a los menores

¹⁰⁹ BROWN *et al.* (2017, p.355).

¹¹⁰ <http://www.afccnet.org/Portals/0/AFCCGuidelinesforParentingcoordinationnew.pdf>. Los ha traducido el Col·legi de Psicòlegs de Catalunya [http://www.copc.cat/Documentos/files/Seccions/ARC/AFCC%20Directrices%20para%20la%20Coordinaci%C3%B3n%20de%20Parentalitat%20\(2005\).pdf](http://www.copc.cat/Documentos/files/Seccions/ARC/AFCC%20Directrices%20para%20la%20Coordinaci%C3%B3n%20de%20Parentalitat%20(2005).pdf)

¹¹¹ <http://www.apa.org/practice/guidelines/parenting-coordination.pdf>. Una presentación muy clara del proceso, con materiales muy útiles, en GARCÍA-HERRERA (2016, pp.17-24)

¹¹² “Parenting coordination is a child-focused alternative dispute resolution process in which a mental health or legal professional with mediation training and experience assists high conflict parents to implement their parenting plan by facilitating the resolution of their disputes in a timely manner, educating parents about children’s needs, and with prior approval of the parties and/or the court, making decisions within the scope of the court order or appointment contract” [<https://www.afccnet.org/Portals/0/PublicDocuments/Guidelines/AFCCGuidelinesforParentingcoordinationnew.pdf>, p.2].

medicamentos homeopáticos o la hora de regreso a casa¹¹³. El CoorP no puede pronunciarse sobre el cambio de domicilio, de colegio, o de régimen de guarda. No se limita a hacer sugerencias, sino que tiene capacidad de decisión, es vinculante (en ocasiones se considera un *arbitrador*¹¹⁴).

Como tal CoorP se relaciona con terceros (educadores, profesionales sanitarios, otros parientes...) y puede documentar si los padres cumplen las decisiones judiciales, enviando información al Tribunal o incluso actuando él como testigo. Aquí encontramos una diferencia abismal con la mediación: el CoorP no está sujeto al deber de confidencialidad¹¹⁵ (salvo si ha sido contratado por las partes y éstas fijan un ámbito confidencial). En cierta manera el CoorP es un colaborador de los tribunales¹¹⁶. Su *potestas* lo hace eficaz incluso si ha existido violencia. Y a día de hoy se empieza a pensar en su posible vertiente preventiva, como actor destacado en la elaboración del Plan de Parentalidad¹¹⁷.

El CoorP reduce notablemente la “relitigación”, esto es, que los progenitores insten continuos procedimientos jurisdiccionales¹¹⁸. La decisión judicial debe prever su período de actuación. Normas y bibliografía suelen fijar un lapso entre 18 y 24 meses. Lo hacemos notar, porque en las resoluciones judiciales que conocemos en nuestro país, se ha propuesto un período menor: entre 3 y 12 meses¹¹⁹.

El CoorP es todavía una figura relativamente controvertida, pese a colarse en cualquier informe sobre reformas de la justicia de familia. Lo constata la resolución del TS del Estado de

¹¹³ KELLY (2008, p.147), que añade: “These include endless disputes about scheduling holidays, vacations, and summer activities, transitions or neutral exchanges (time/place/means/lateness), selection and scheduling of children’s recreational activities, health care management (appointments, medication sharing) child rearing issues (diet, discipline, homework, bedtimes, curfews), parental attendance at school, athletic and enhancement activities and much more.”. De modo ejemplificativo, la Guidelines incluye diecisiete materias sobre las que el CoorP puede pronunciarse (actividades extracurriculares, observancia de ritos religiosos o tatuajes o piercings de los menores...)

¹¹⁴ Parenting Coordination in New Hampshire: A Handbook for the Purpose and Practice, <http://www.thelizlibrary.org/parenting-coordination/NEW-HAMPSHIRE-PARENTING-COORDINATION-HANDBOOK.pdf>, p.9: The Parenting Coordinator as Arbitrator. The authority to arbitrate must be specifically defined by the court in the order appointing the parenting coordinator as well as detailed in the parenting coordinator stipulations. This arbitration authority includes a certain measure of decision-making authority to resolve impasses by means of a “binding” recommendation...”.

¹¹⁵ Vid. la Directriz VI [Guideline VI: Confidentiality].

¹¹⁶ Aunque en relación con los tribunales tampoco es fácil. Vid. por ej., una opinión (2012), en Ontario <http://www.riverdalemediation.com/wp-content/uploads/2011/01/Linton-Ten-Reasons-For-Parenting-Coordination-in-Ontario-to-be1.pdf>.

¹¹⁷ HENRY *et al.* (2009, p.684).

¹¹⁸ HENRY *et al.* (2009, p.684). A falta de investigaciones empíricas de magnitud suficiente, se menciona de manera recurrente un estudio realizado en un condado de California. En el año anterior al programa del CoorP, constaba que 166 parejas divorciadas habían acudido a los tribunales en 993 ocasiones; en el posterior, esas 166 parejas acudieron 37 veces. COATES *et al.* (2003); MITCHAM-SMITH – HENRY (2007) y FIELDSTON *et al.* (2011). Esta reducción, de 993 a 37, que siempre se menciona, se apoya en JOHNSTON, T. *Outcome study on special master cases in Santa Clara County*, un estudio no publicado, de 1994. Otro estudio más reciente se centró en 49 parejas. Durante el año previo a la implantación del CoorP (2005-2006) acudieron a los tribunales en 491 ocasiones; en el año posterior (2006-2007), 254: una reducción del 48,27%. El estudio procuraba otros datos interesantes, porque no todas las parejas redujeron la litigiosidad: un 22% (11 parejas) la incrementó, aunque muchos nuevos conflictos no tenían que ver con los hijos... (HENRY *et al.* 2009).

¹¹⁹ ORTUÑO (2014a, p.26).

Pennsylvania de 23.mayo.2013, que lo prohibió y anuló el completo programa de implementación en el estado, generando a un tiempo críticas y sorpresa. Para el TS, sólo los tribunales pueden pronunciarse sobre cuestiones referidas a la custodia¹²⁰, con independencia de su magnitud.

“Only judges may make decisions in child custody cases. Masters and hearing officers may make recommendations to the court. Courts shall not appoint any other individual to make decisions or recommendations or alter a custody order in child custody cases. Any order appointing a parenting coordinator shall be deemed vacated on the date this rule becomes effective. Local rules and administrative orders authorizing the appointment of parenting coordinators also shall be deemed vacated on the date this rule becomes effective.”

Lo contrario conculcaría el mandato constitucional atribuido a los jueces. Es el caso de desconfianza más flagrante, pero también los Tribunales de Apelaciones de Missouri, Indiana y Tennessee han contestado algunos nombramientos. Así, el Tribunal de Missouri consideró inadmisibles que un juez permitiese al CoorP modificar el PlanP¹²¹. Hay que reconocer, no obstante, que el debate se centra más en la atribución sesgada/desorbitada de competencias a los CoorP que en la bondad/utilidad de la figura en sí¹²². Habrá, además, que esperar un tiempo..., aunque podemos anticipar que se multiplican las iniciativas, más allá de los territorios anglosajones, por ejemplo en Italia -la *coordinazione genitoriale*-¹²³. En España vale la pena abordar su eclosión en Cataluña (vid. *infra*) y anticipar que diversas CCAA están abordando programas piloto.

4.2. Un ejemplo de adopción meteórica del CoorP: el caso catalán

Hace cinco años, afirmamos que el CoorP era “una figura absolutamente ajena a nuestras coordenadas, pero eficaz en otros países”¹²⁴. Hoy esta afirmación no puede sostenerse. En Cataluña, en los últimos tres años, el CoorP se ha convertido en un ADR real, con el plus del debate sobre los mejores profesionales para actuar CoorP¹²⁵. Tempranamente el Colegio de Psicólogos de Cataluña¹²⁶ ofreció cursos de formación que permitieron a algunos colegiados incorporar a sus *curricula* -o a sus tarjetas- esta capacitación, para sorpresa -y no siempre agrado- de otros colectivos. Paralelamente, el Colegio de Abogados de Barcelona se cuestionó, en sendos actos organizados por la Comisión de derecho de familia, las funciones de la figura y la formación para desempeñarla¹²⁷.

¹²⁰ The Pennsylvania Supreme Court adopted Pennsylvania Rule of Civil Procedure 1915.11-1, Elimination of Parenting Coordination.

¹²¹ MONTIEL (2015, p.579).

¹²² Ya se había hecho notar con anterioridad a esta sentencia. Vid. GREENBERG (2010, p. 206)

¹²³ PICCINELLI *et al.* (2014). Explican pormenorizadamente el Plan piloto en Roma.

¹²⁴ LAUROBA (2013b, p. 22).

¹²⁵ Para una ubicación adecuada, ORTUÑO (2014 c, p.34).

¹²⁶ <http://www.copc.cat/Documentos/files/Seccions/INFOJUR/Infojuridica%20N34%20Maig2014.pdf>

¹²⁷ “El coordinador parental, una nueva figura en los procesos de familia” (Jornada -Mesa Redonda- organizada el 4.12.2013, por las Secciones de Derecho Matrimonial y de Familia y de Derechos de la Infancia y la Adolescencia) y “La coordinación de parentalidad, un nuevo instrumento en el Derecho de Familia” (9.4.2014). Vid. la muy útil

Dos hechos influyeron en que el debate se considerase urgente: 1. la existencia de un Proyecto Piloto en el Juzgado núm.8 de Familia de Sabadell y 2. la irrupción del CoorP en los fallos de la AP Barcelona desde el 2013.

La experiencia del Juzgado núm. 8 de Sabadell -“*Projecte Pilot de coordinació de Parentalitat*”, en el 2012, tuvo la peculiaridad de que excedía las coordenadas que hemos expuesto aquí. Recayó sobre siete familias difíciles e implicaba a toda la familia, más allá de los progenitores, en casos de conflicto inacabable; también incorporaba acompañamiento terapéutico. Probablemente esa perspectiva se debía al protagonismo de los psicólogos en el equipo de trabajo. Del Programa Piloto surgieron una serie de recomendaciones: se planteó cómo podrían integrarse los CoorP en la mecánica judicial y que su intervención debía obligatoria en el periodo de ejecución de sentencia cuando los desencuentros perjudicasen a los hijos. Este aspecto entronca con las experiencias de derecho comparado que hemos visto, pero el componente terapéutico etc. difiere. Más adelante, en el 2015, el Centre de Mediació de Dret Privat pondría en funcionamiento otro Plan Piloto.

Aunque el CoorP no aparecía en el CCCat, diversas SSAPBarcelona lo contemplan desde el 2013. Existen excelentes trabajos que pasan revista a dichas resoluciones judiciales¹²⁸, por ello aquí nos limitaremos a mencionar, para ilustrar este ADR, la temprana SAPB de 26.julio.2013 (sec. 12, Pte: P.ORTUÑO)

“ [FJ 4º]... al objeto de que el cambio del sistema de ejercicio de la guarda se produzca lo más eficientemente posible es necesario, para garantizar el superior interés de los menores y en aplicación de los criterios que se establecen en los artículos 211-6 , 233.13 y 236-3 del Libro II del CCCat , imponer que el cambio de modelo de custodia se realice con el apoyo psicológico y educacional de un coordinador de parentalidad designado por el SATAF en ejecución de sentencia deberá ser designado de oficio por el juez de primera instancia en cumplimiento de la presente resolución.

(...)

El coordinador de parentalidad deberá planificar con ambos progenitores y con especial atención a los dos hijos, la normalización del sistema de custodia establecido, de tal manera que en un plazo no superior a dos meses desde el inicio del curso escolar pueda estar normalizado el sistema de ejercicio conjunto de la custodia”

Y la SAPB (sec.18) de 17 de febrero de 2014 (Pte: Mª José PÉREZ TORMO), que tras reprochar a los padres su cerrazón respecto a cómo gestionar su relación en atención a los hijos, y desligando ese comportamiento de un régimen de guarda específico, concluye:

“En este caso la solución pasa, a criterio de esta Sala, porque ambos progenitores entiendan y asuman un cambio de su actitud en el trato a sus hijos, pues de otra manera conducirán a los menores a una situación psicológica perjudicial y en ocasiones, sin retorno, de ignoradas dimensiones en este momento.

Por todo ello, y de conformidad a lo previsto en el art. 211-6,1 CCCat , considera esta Sala que en interés de los menores, debe nombrarse un coordinador parental, nombrado entre los profesionales de los

monografía de AVEDILLO *et alii* (2015, con prólogo de Pascual ORTUÑO), que tiene el interés añadido de explicar la experiencia argentina.

¹²⁸ GARCÍA HERRERA (2016, pp.20-21, especialmente nota 63).

servicios sociales del Ayuntamiento de residencia de los menores, Alella en este momento, tal como posibilita el art. 233-13 CCCat. Este profesional deberá conducir a los padres, aconsejarles y dar pautas sobre el trato que ambas partes deben dispensar a sus hijos, así como sobre la necesaria comunicación que entre ellos deben mantener en temas relativos al bienestar de los menores, que es en definitiva lo que los hijos ahora precisan, e informarán al Juzgado de 1ª Instancia con frecuencia semestral sobre la evolución de la relación entre todos ellos, en tanto sea necesario.

La intervención de los servicios sociales del Ayuntamiento de residencia de los menores se enmarca dentro de las previsiones legales del párrafo segundo del artículo 233-13 del CCCat. La intervención de los servicios sociales es esencialmente dinámica, transitoria y su misión es la de recomponer, en lo posible, unas relaciones que, por causas diversas pero, esencialmente, como consecuencia de los procesos de ruptura de pareja, de situaciones marcadas por circunstancias singulares o falta de habilidades parentales como ocurre en el caso de autos, necesitan de un especial tratamiento e intervención.

En general, las resoluciones judiciales mayoritariamente se asocian a supuestos de modificación de medidas y en algunos proceden de juzgados de violencia. Proporcionan una serie de índices sobre el CoorP, tal y como lo conciben los magistrados.

- El CoorP se apoya en las D.A. 6ª y 7ª.
- La situación de alta conflictividad, obtusa y perseverante, entre los progenitores.
- Se considera una “medida de apoyo y seguimiento”, en que el profesional conduce a los progenitores y fija pautas; también se le atribuye la función de proporcionar “apoyo psicológico y educacional”.
- Se autoriza al CoorP a contactar con los terceros que considere pertinentes (familia extensa, representantes del centro educativo de los hijos, profesionales sanitarios etc.)
- El CoorP hace posible una mejor implementación del PlanP.
- Pueden instar su nombramiento –además del juez- las partes y el Ministerio fiscal.
- Actúa por delegación del tribunal.
- Puede proceder de diversos colectivos (en las primeras resoluciones se apuntan diversas procedencias y se intuye una cierta improvisación, que obedece a esa adopción vertiginosa). Se acude tanto el Centro de Mediación de derecho privado -que en el futuro podría ser una opción inteligente, sobre todo si comporta algún tipo de supervisión/acreditación- como al Colegio de Psicólogos, los servicios sociales locales –o al SATAF (EATAF ahora).
- Su intervención no debe alargarse en exceso (este es un criterio que luego, a nuestro juicio, se relaja), porque encontramos nombramientos por dos o tres meses.
- En ocasiones se le impone presentar informes periódicos al juzgado.

A día de hoy, la apuesta por los CoorP está consolidada en los tribunales catalanes, con el refrendo definitivo de la STSJC de 26.febrero.2015. (Pte: Mª Eugenia ALEGRET BURGÚÉS). Es el *leading case* de esta figura, recurrentemente citado. La sentencia resolvió un recurso de casación fundado “en la infracción por la Sentencia de la Sala de apelación del art. 233-13 del Código Civil de Cataluña (CCCat) así como de la Disposición Adicional séptima del Libro II del CCCat por estimar el recurrente que la Sala había introducido en forma improcedente y contraria a derecho la figura del coordinador de parentalidad para la supervisión del régimen de relaciones personales entre el recurrente y sus hijos menores de edad”.

La STSJC cumplió dos objetivos: por un lado, presentó la figura atendiendo a las experiencias de derecho comparado y recordando que en esos territorios “se configura como un auxiliar o colaborador del juez en la implantación efectiva de las nuevas medidas con facultades de gestión del conflicto, de mediación...”¹²⁹; por el otro, justificó el amplio margen de actuación de los jueces en la determinación de medidas dirigidas a la pacificación de los conflictos, en aras de velar por los menores, lo que le permitió defender el nombramiento de un CoorP:

FJ 5º: “Las relaciones jurídicas que se ventilan en los procesos de familia llevan ínsitas una inevitable carga emocional que los operadores jurídicos no pueden soslayar contemplando la resolución del conflicto exclusivamente desde un punto de vista jurídico. De igual forma hay que considerar el carácter evolutivo y dinámico de esta clase de relaciones que en ocasiones se aprecia en las variaciones que experimenta el propio proceso en sus diversas instancias y sobre todo en ejecución, siendo precisamente en esa fase donde se observa la obsolescencia de los instrumentos procesales ofrecidos por la Ley de Enjuiciamiento civil para solucionar las controversias que van surgiendo. Por estas razones se ha ido advirtiendo el papel cada vez más relevante de la intervención de profesionales no jurídicos, especialistas en la materia (art. 335,1 Lec 1/2000), como evaluadores de la situación familiar y asesores del juzgado (art. 92 del CC y DA 6 y 7 del Libro II CCCat) o incluso en casos conflictivos como supervisores de las medidas adoptadas judicialmente en el ejercicio de las facultades parentales de los padres en relación con los hijos menores..”

Y fijó sus funciones (en la línea de las resoluciones previas de la APB):

F.J. 8º. “El especialista contará con facultades para mantener entrevistas con los progenitores, con los menores, con los miembros de la familia extensa, profesores y con los médicos psiquiatras o psicólogos que atiendan a los padres o a los hijos, sin perjuicio de lo dispuesto en la DA sexta nº 4 in fine del Libro II CCCat. Debe intentar consensuar con los padres las medidas de aproximación para que entienda adecuadas (calendario, pautas y condiciones para la normalización de la relación paterno-filial) informando al Juzgado de los acuerdos a los que las partes hayan llegado al respecto, con su intervención o haciendo las propuestas de relaciones personales o estancias de los menores con el padre que estime convenientes al Juez de la ejecución para que éste adopte la oportuna decisión, en caso de desacuerdo”

Luego, la STSJC de 12.enero.2017 (Pte: Mª Eugenia Alegret Burgués) volverá a pronunciarse sobre el CoorP. Tiene el interés añadido de que pretende que el CoorP contribuya a normalizar las relaciones entre la progenitora y su hijo, excediendo el marco estándar que conocemos¹³⁰. Es una

¹²⁹ FJ 4º “La figura del coordinador de parentalidad surge en los años 90 en Estados Unidos y Canadá para la normalización de las relaciones parentales después del conflicto matrimonial o de pareja, en contextos de grave conflictividad por diversas causas, en la que se hallan implicados los hijos menores. Parte de la base de que tras la ruptura matrimonial y las decisiones judiciales subsiguientes, surgen cambios en la organización de la vida familiar que exigen de una adaptación precisa y de una leal colaboración entre los progenitores para que las nuevas situaciones afecten lo menos negativamente posible a la estabilidad emocional de los hijos. Los cónyuges no siempre se hallan en disposición de ofrecer esta colaboración, produciéndose situaciones conflictivas en el régimen de cumplimiento de las sentencias que exigen de una continua intervención de los tribunales con las limitaciones de todo orden, en particular, procesales que conlleva”.

¹³⁰ “[e]sta Sala considera que no basta con exhortar a las partes para que inicien la terapia familiar adecuada con el fin de conseguir el necesario acercamiento entre la madre y el hijo, ya que se detectan en el padre reticencias en su implicación que la pueden hacer inviable, sino de disponer lo necesario para que el sistema de relaciones personales entre el hijo y la madre, que la sentencia dispone, sea efectivo. //A tal efecto, la Sala estima

prueba de la flexibilidad de su implementación.

Hemos hablado de su irrupción vertiginosa en Cataluña y el mismo fenómeno se advierte, en los últimos meses, en otras CCAA. A día de hoy, nos consta que se están elaborando protocolos de actuación del CoorP y diseñando programas piloto. Sin duda en pocos meses dará lugar a una eclosión de análisis doctrinales y nos consta que ya lo recogen otras SSAP –recientes, 2017/2018- de Valencia o de Palma de Mallorca¹³¹. Dicho esto, a nuestro juicio subsiste un problema que puede condicionar su éxito. Lo expresa a la perfección GARCÍA-HERRERA (2016, p.24): “un riesgo importante es también la indefinición de funciones y las características del experto apropiado para el desempeño del rol”. Creemos que los operadores jurídicos y los no jurídicos mantienen opiniones diferentes sobre el perfil y el ámbito de actuación del CoorP. Y ese es un hándicap importante. En suma, es necesario identificar adecuada e incontrovertidamente de qué hablamos cuando hablamos de un CoorP-

5. *El derecho colaborativo*

5.1. Concepto y expansión

Stuart -Stu- WEBB, un abogado, creó este ADR en Minneapolis a finales de los años ochenta del pasado siglo¹³². Este abogado, tras diecisiete años de ejercicio en el ámbito de la familia, estaba literalmente harto del sistema de confrontación que caracterizaba los litigios, de las maniobras y triquiñuelas de otros abogados y de la manera de resolución de los conflictos familiares, con el referente omnipresente del juez y la exclusión de los clientes, anclados en la animosidad y la privación¹³³. Ese hartazgo le llevó, incluso, a dejar por un tiempo el ejercicio, pese a ser un profesional reconocido y solvente.

Sin embargo, WEBB tuvo la idea de elaborar un procedimiento en que los abogados se comprometieran a trabajar de manera cooperativa con sus clientes –un rondó a cuatro- y en que los acuerdos se obtuvieran de esa colaboración entre todos, con la peculiaridad de que los abogados no podían representar a sus clientes en el proceso judicial si no conseguían un

procedente que en ejecución de sentencia se recabe un apoyo especializado (coordinador de parentalidad) que intervenga en una primera fase de aproximación entre la madre y el hijo”

¹³¹ SAPValencia de 23.4.2018, sec. 10 (Pte: Jorge-Enrique de Motta García-España), menciona un coordinador de parentalidad adscrito al Servicio psicosocial de los juzgados de Valencia y la SAPPalma de Mallorca de 4.5.2018, sec. 4 (Pte: Álvaro Latorre Gómez), que confirma la SJPI del 213 que había designado “un especialista de parentalidad, designado de común acuerdo por las partes o en su defecto, entre una terna que presenten y en ejecución de sentencia, o subsidiariamente, entre las listas de psicólogos/as, proporcionada por el Colegio de Psicólogos con especialidad en coordinación parental...”. Por el contrario, la SAP Santiago de Compostela, de 30.6.2017 sec. 6 (Pte: Jorge Ginés Cid Carballo) revoca la decisión de la STPI de establecer un coordinador de parentalidad, “cuya implantación en la práctica se desconoce y cuando la supervisión se puede realizar por el personal del Punto de Encuentro” (FJ 2º)

¹³² Una presentación, sucinta en LAUROBA- TUR (2017-2018). Como introducciones óptimas, ESTEVE ESTEVE (2016) y BUENO OCHOA (2015). En derecho comparado, TESLER (2004).

¹³³ http://www.collaborativelaw.us/articles/The_Development_of_Collaborative_Law.pdf

acuerdo¹³⁴.

Para muchos, aquella iniciativa era un desatino, pero WEBB, sin amilanarse y tras contar con la complicidad de un juez de su jurisdicción¹³⁵, creó el *American Institute of Collaborative Professionals* (AICP) en 1990, integrado por 4 abogados que al poco tiempo ya eran 9. Poco después, tras el rápido éxito en EEUU y Canadá, se transformó en el *International Academy of Collaborative Professionals* (IACP), con el fin de acoger a profesionales de otros países. En el 2010 constaba la adscripción de 4200 miembros de 24 países y se habían identificado más de 300 grupos de práctica colaborativa¹³⁶.

Los estados americanos también se implicaron a nivel institucional. En California existen servicios de derecho colaborativo desde 1993. En el 2000, el juez que presidía la Sección de derecho de familia del TS de San Francisco estableció el departamento de derecho colaborativo, esto es, lo convirtió en una de las opciones *multidoor* (vid. apdo. 8.1). Texas fue el primer estado que lo introdujo en su código de familia en el 2001¹³⁷. El proceso en cierta medida culmina con la *Collaborative Law Act Rules*, de 2009¹³⁸, con modificaciones puntuales al año siguiente¹³⁹.

En Australia, el temprano interés por este ADR se traduce, en el 2006, en un informe del *Family Law Council* sobre "*Collaborative Practice in Family Law*"¹⁴⁰ el cual, tras una minuciosa crónica de las experiencias en derecho comparado (especialmente EEUU y Canadá), analiza cómo implementar la figura en el territorio. Y Canadá -que como siempre es un referente por los espléndidos *Rapports de recherche* que periódicamente realiza/encarga el Ministerio de Justicia- publica, en el 2005, un estudio de Julie MACFARLANE¹⁴¹, con la significativa rúbrica *Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (dfc) : étude de cas qualitative*. El estudio analizaba la historia reciente de la figura y sentaba, tras el análisis de los pros y cons, una serie de recomendaciones.

¹³⁴ Explica la historia el propio WEBB. Vid. WEBB – OUSKY (2011). Vid. también ZBOROVSKY (2008, pp.305-333). Y LANDE (2011).

¹³⁵ La carta de WEBB, una auténtica declaración de intenciones, encuadra su propósito. Disponible en <https://abcfamilyblog.wordpress.com/2015/07/04/the-origins-of-collaborative-divorce-stu-webbs-letter/>

¹³⁶ LANDE (2011 p.257).

¹³⁷ *Texas Statutes: Family Code*, Texas, 2006, Section 6.603.

¹³⁸ <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Collaborative+Law+Act>. Vid como materiales previos, el estupendo estudio de 2009 con los comentarios y anotaciones de clarificación al texto inicial, http://law.hofstra.edu/pdf/academics/journals/lawreview/lrv_issues_v38n02_cc1_ucla_final.pdf.

La definición que procura es la siguiente: "Collaborative law is a voluntary, contractually based alternative dispute resolution ("ADR") process for parties who seek to negotiate a resolution of their matter rather than having a ruling imposed upon them by a court or arbitrator. The distinctive feature of collaborative law, as compared to other forms of ADR such as mediation, is that parties are represented by lawyers ("collaborative lawyers") during negotiations. Collaborative lawyers do not represent the party in court, but only for the purpose of negotiating agreements. The parties agree in advance that their lawyers are disqualified from further representing parties by appearing before a tribunal if the collaborative law process ends without complete agreement ("disqualification requirement").

¹³⁹ SOLOVAY- MAXWELL (2009) se planteaban y daban respuesta a por qué era preciso un proceso de estas características.

¹⁴⁰ <http://www.ag.gov.au/FamiliesAndMarriage/FamilyLawCouncil/Documents/Collaborative%20Practice%20in%20Family%20Law.pdf>.

¹⁴¹ Rapport de recherche: Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (dfc) : Étude de cas qualitative http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2005_1/2005_1.pdf

También en Bélgica se aborda el derecho colaborativo como un mecanismo necesario en sede de derecho de familia¹⁴². Es necesario recordar la Carta aprobada por el Colegio de Abogados de Bruselas, en el 2008¹⁴³. Resulta especialmente gratificante, porque es una inteligente y pormenorizada presentación de este instrumento, a la vez que establece directrices éticas para los abogados ejercientes.

De hecho, la expansión de este ADR se asienta en las iniciativas de grupos de abogados coordinados en asociaciones, que organizan la formación y establecen criterios de supervisión, siempre desde una filosofía cooperativa. En Francia, coexisten varias asociaciones volcadas en la formación¹⁴⁴; en Suiza y Austria encontramos grupos cohesionados y en España existen juristas “iniciándose” con entusiasmo¹⁴⁵. En concreto, debemos mencionar la Asociación vasca de derecho colaborativo, referente de otras iniciativas autonómicas, que cuenta con el soporte (traducible en términos económicos) del Gobierno Vasco¹⁴⁶. En Cataluña, a raíz de un encargo del Departament de Justícia, ha tenido lugar una jornada de difusión¹⁴⁷ y se ha constituido la *Associació catalana de Dret Col·laboratiu*, que tiene previsto desarrollar las primeras actividades de formación en otoño del 2018¹⁴⁸.

La formación es requisito necesario –de acuerdo con los estándares internacionales– para ser socio y parece crucial la mejor implementación de este ADR. Vale la pena subrayar este aspecto porque podría parecer, en una primera aproximación, que una formación específica es innecesaria: al fin y al cabo los abogados actúan implementando las habilidades que les son propias. No es así. Los abogados que practican el derecho colaborativo defienden la necesidad de mecanismos de acreditación, para garantizar que los usuarios acuden a profesionales de calidad. Y la calidad sólo se obtiene con formación adecuada, centrada en el propio proceso y en técnicas de negociación cualificada.

En buena medida, el derecho colaborativo tiene sus raíces en la mediación. Como esta, intenta potenciar la capacidad de decisión de las partes, así como la evitación de los tribunales; asimismo, permite que las partes se relacionen directamente en lugar de que sean los abogados el canal básico de comunicación. Además, el derecho colaborativo es, como la mediación, un proceso intrínsecamente flexible, que puede adaptarse a las particularidades de cada caso. Por último, atiende a los intereses, desplazando las “posiciones”. Ahora bien, en ningún caso los abogados han de adoptar los principios del mediador. Dado que actúan como tales abogados, no tienen que ser neutrales, sino activos defensores de los derechos de sus clientes. Esa manera de hacer es un dato positivo para su aceptación entre los ejercientes.

¹⁴² Vid. Van GYSEL (2009, pp.767-772).

¹⁴³ <http://www.barreaudebruxelles.be/PDF/documents/CHARTEDROITFAMILIALCOLLABORATIF.pdf>

¹⁴⁴ <http://www.droit-collaboratif.org/>

¹⁴⁵ <http://www.derechocolaborativo.es/> (Euskadi)

¹⁴⁶ Incluye anualmente en los presupuestos una subvención directa de 60.000€, que permite a la asociación una actividad más que notable.

¹⁴⁷ Tuvo lugar el 21 de septiembre del 2017, en el Centre d’Estudis Jurídics i de Formació Especialitzada (CEJFE).

¹⁴⁸ Vid. web www.dretcolaboratiu.cat

5.2. Algunas claves sustantivas: la autoexclusión de los tribunales (la *disqualification*)

La prohibición de que los abogados de las partes puedan, en caso de no llegar a acuerdos, representar a sus clientes en el procedimiento judicial posterior *-disqualification-* es para los entusiastas de este ADR la piedra angular de su éxito¹⁴⁹. Quede claro que la proscripción de acudir a los tribunales no afecta a las partes -lo contrario supondría una restricción a su derecho a la tutela judicial efectiva-, sino a acudir con dichos abogados¹⁵⁰. Por ello, la primera obligación de los abogados que optan o instan un proceso colaborativo es informar de manera adecuada a sus clientes de las características de dicho proceso e insistir en que, si fracasa, ellos no pueden representarle en el ámbito jurisdiccional¹⁵¹.

Mediante el derecho colaborativo se pretende crear un espacio de diálogo/trabajo en que no quepa el recurso a los tribunales y por ello los esfuerzos se centren en la obtención del acuerdo¹⁵². La *disqualification* evita también la tentación de pensar en el proceso como etapa ulterior (generadora de nuevos beneficios económicos). Además de esa cuestión “de principio”, el buen funcionamiento de las sesiones colaborativas comporta que los abogados accedan a informaciones a menudo confidenciales que probablemente no obtendrían por otras vías. Si pudieran acceder luego a un juicio, ese conocimiento les situaría en una posición ventajosa. Dicho esto, en algunos territorios se han modulado las medidas. Así, en el Acuerdo para utilizar el derecho colaborativo del *Texas Collaborative Law council* se establece la posibilidad de recurrir a arbitraje si concurren determinadas circunstancias, sin por ello excluir a los abogados. También se han delimitado supuestos en que, pese a la no consecución de acuerdos, no existe esa exclusión automática.

5.3. Una modalidad suavizada: el derecho cooperativo

Hemos visto cómo el derecho colaborativo se asienta en esa autolimitación de los abogados, que

¹⁴⁹ EEKELAAR - MACLEAN (2013, p.45): “The disqualification agreement appears to be perceived by many collaborative lawyers almost as an article of religious faith”.

¹⁵⁰ *Family Law Council Australia*, p. 11, N. 2.8: “The disqualification clause acts as a strong disincentive for parties to terminate the collaborative process, because instructing new lawyers to litigate the matter is likely to be costly and time consuming. It also assists to reduce legal costs by eliminating the need for lawyers to undertake preparations for a trial that may never eventuate”.

¹⁵¹ Norma 14. Appropriateness of Collaborative Law Process. Before a prospective party signs a collaborative law participation agreement, a prospective collaborative lawyer shall: (1) assess with the prospective party factors the lawyer reasonably believes relate to whether a collaborative law process is appropriate for the prospective party's matter; (2) provide the prospective party with information that the lawyer reasonably believes is sufficient for the party to make an informed decision about the material benefits and risks of a collaborative law process as compared to the material benefits and risks of other reasonably available alternatives for resolving the proposed collaborative matter, such as litigation, mediation, arbitration, or expert evaluation; and (3) advise the prospective party that: (A) after signing an agreement if a party initiates a proceeding or seeks tribunal intervention in a pending proceeding related to the collaborative matter, the collaborative law process terminates; (B) participation in a collaborative law process is voluntary and any party has the right to terminate unilaterally a collaborative law process with or without cause; and (C) the collaborative lawyer and any lawyer in a law firm with which the collaborative lawyer is associated may not appear before a tribunal to represent a party in a proceeding related to the collaborative matter, except as authorized by Rule 9(c), 10(b), or 11(b).

¹⁵² SOLOWAY-MAXWELL (2009, p.37)

se excluyen de la defensa en los tribunales. Pero como estamos ante un *Work in progress* permanente en el diseño de ADR, ha aparecido el “derecho cooperativo”, una modalidad asimilable en todo al derecho colaborativo, excepto en el *disqualification agreement*. A día de hoy, está mucho menos desarrollada y todavía se identifica en territorios concretos. Presenta ventajas y desventajas. Por un lado, tranquiliza a los clientes el hecho de que, en caso de no alcanzar un acuerdo, puedan retener a sus letrados para el proceso jurisdiccional; por el otro, dicho proceso jurisdiccional está siempre presente, los incentivos para alcanzar el acuerdo son menores¹⁵³.

5.4. Una modalidad no coincidente: la negociación asistida

En Francia, desde el 2010, la “loi Béteille” [Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 *relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires*]¹⁵⁴ incluye un proceso calificado de participativo en el Code civil (arts. 2062 a 2068). Es imprescindible recalcar que se ha incorporado en el Code, si bien el art. 2068 prescribe que las cuestiones procedimentales se regulan en la ley *ad hoc*. Por ello, debe leerse en conjunción con el Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 *relatif à la résolution amiable des différends*¹⁵⁵, que modifica la Ley de procedimiento civil.

La regulación parte del *Rapport de la Commission Guinchard*, presentado en el 2008 con un título elocuente: *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*¹⁵⁶. Dicho Rapport pretendía mejorar la ordenación y funcionamiento de los tribunales. Contenía 65 propuestas ordenadas en tres bloques, el tercero de los cuales centrado en la “déjudiciarisation et d'allégement procédural”. Junto al fomento de mediación y conciliación -con medidas concretas-, la recomendación fundamental [número 47] era la creación de un nuevo procedimiento de gestión/ordenación amable de los conflictos, la “procédure participative de négociation assistée par avocat”. Dará lugar a la reforma del Código civil francés.

Sistemáticamente, la regulación se sitúa tras de los Títulos XV, *Des transactions* (arts. 2044-2058) y XVI : *Du compromis* (arts. 2059-2061). Ex art. 2062:

« La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend.

Cette convention est conclue pour une durée déterminée »

La regulación incorpora varias cautelas: el contrato/acuerdo debe tener forma escrita y contener una serie de elementos: duración, identificación del conflicto, documentación... (art. 2063

¹⁵³ LANDE-HERMAN (2004, p.284).

¹⁵⁴ JO 23.12.2010. Vid. LARRIBEAU-TERNEYRE (2012, p.16). Recuerda que la convención es posible en ciertas materias de divorcio y separación, “même que les parts n'ont pas ici la libre disposition de leurs droits”.

¹⁵⁵

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=26A45F0D32CE860D5A9F51C11472681E.tpdjo11v_3?cidTexte=JORFTEXT000025179010&dateTexte=20120122

¹⁵⁶ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000392/0000.pdf>. El *rapporteur général* fue Édouard de Leiris.

Code)¹⁵⁷. Asimismo, el contrato sólo puede tener por objeto derechos de libre disposición y quedan excluidos los contratos laborales (art. 2064)¹⁵⁸. Ello no impide que los conflictos familiares -en todas sus manifestaciones, incluyendo las referidas a los hijos- sean materia a privilegiar en el uso de esta figura. Ex art. 2067 Code:

Une convention de procédure participative peut être conclue par des époux en vue de rechercher une solution consensuelle en matière de divorce ou de séparation de corps. // L'article 2066 n'est pas applicable en la matière. La demande en divorce ou en séparation de corps présentée à la suite d'une convention de procédure participative est formée et jugée suivant les règles prévues au titre VI du livre Ier relatif au divorce.

No estamos ante un derecho colaborativo *stricto sensu* -como reiteradamente señalan las asociaciones de *droit collaboratif* francesas, que recuerdan que el derecho colaborativo carece de plasmación legal¹⁵⁹. Además, la construcción se ha considerado una *transposición edulcorada*¹⁶⁰, porque si los abogados no llegan a un acuerdo, pueden intervenir ante los tribunales. Sólo tienen vedado el acceso durante el procedimiento (art. 2065 Code)¹⁶¹; por tanto, es una figura más próxima a la modalidad cooperativa.

Se ha apuntado que con este contrato se quería escenificar la implicación de los abogados con los ADR, facilitándoles un proceso en que su protagonismo fuera indiscutible¹⁶².

Si las partes llegan a un acuerdo, pueden presentarlo al juez para su homologación; en caso de que la negociación fracase, quedan dispensadas de recurrir a conciliación o a mediación¹⁶³ y el procedimiento judicial se acelera (de algún modo, las gestiones llevadas a cabo durante el período de negociación asistida contribuyen a la mayor rapidez de la resolución)¹⁶⁴.

Todavía es pronto para calibrar el éxito de esta modalidad, y más cuando estamos en un

¹⁵⁷ « La convention de procédure participative est, à peine de nullité, contenue dans un écrit qui précise : 1° Son terme ; // 2° L'objet du différend ; // 3° Les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend et les modalités de leur échange »

¹⁵⁸ « Toute personne, assistée de son avocat, peut conclure une convention de procédure participative sur les droits dont elle a la libre disposition, sous réserve des dispositions de l'article 2067. // Toutefois, aucune convention ne peut être conclue à l'effet de résoudre les différends qui s'élèvent à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du code du travail entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient. »

¹⁵⁹ FRICERO *et al.* (2012, p.29-30)

¹⁶⁰ <http://www.village-justice.com/articles/convention-procedure-participative,9378.html>. Por tanto, simplemente, « Il s'agit de tenter de préparer une procédure judiciaire pacifiée avant d'introduire une action judiciaire » <http://adpci.org/le-processus-collaboratif/droit-participatif/>

¹⁶¹ « Tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige. Toutefois, l'inexécution de la convention par l'une des parties autorise une autre partie à saisir le juge pour qu'il statue sur le litige. // En cas d'urgence, la convention ne fait pas obstacle à ce que des mesures provisoires ou conservatoires soient demandées par les parties. »

¹⁶² Como refrendo a esa lectura, la ley modifica el art. 4 de la Ley n° 71-1130 de diciembre, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques e incorpora un nuevo párrafo: « Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister une partie dans une procédure participative prévue par le code civil ».

¹⁶³ Art. 2066 : Les parties qui, au terme de la convention de procédure participative, parviennent à un accord réglant en tout ou partie leur différend peuvent soumettre cet accord à l'homologation du juge. // Lorsque, faute de parvenir à un accord au terme de la convention, les parties soumettent leur litige au juge, elles sont dispensées de la conciliation ou de la médiation préalable le cas échéant prévue.

¹⁶⁴ Otra novedad relevante es la posibilidad de recurrir a un técnico (perito) en el curso del procedimiento (arts. 1547-1554 Código procedimiento civil), para que se pronuncie; en otras palabras, una modalidad de Evaluación neutral *temprana*. No se sabe si pudiera ser valiosa en relación con los conflictos familiares.

momento de prueba constante. No obstante, ya ha sido incorporada –con matices– al ordenamiento italiano, a partir de la ley 162, de 10 noviembre 2014¹⁶⁵, circunscrita a unos supuestos concretos y con carácter obligatorio (esa particularidad de Italia, que padece un colapso de los tribunales muy superior al nuestro). Lo que queremos destacar aquí, sencillamente, es cómo está consolidándose otro ADR¹⁶⁶.

6. ¿Es posible el recurso al arbitraje en cualquier ámbito del derecho de familia?

Otra figura *in crescendo* es el arbitraje para los conflictos familiares. Sus defensores lo proponen para esos casos en que ni una mediación cualificada ni una laboriosa negociación concluyen con acuerdo. De hecho, no es una figura cuestionada para cuestiones patrimoniales en el seno de las familias, sino para conflictos sobre la guarda/ relaciones con los hijos. Esa reticencia parece que va superándose paulatinamente. Así, Inglaterra, en el 2012 creó el *Institute of Family Law Arbitration* (IFLA) y excluyó los “Arrangements regarding children except for financial arrangements”¹⁶⁷. Pero cuatro años después incorpora aspectos relacionados con la guarda de los hijos. También Australia apuesta por este arbitraje desde 1991, aunque circunscrito a los aspectos patrimoniales¹⁶⁸ y la aprobación, en el 2016, de la *Uniform Family Law Arbitration Act* (en adelante UFLAA)¹⁶⁹ va sin duda a impulsar la implantación de la figura en los estados norteamericanos.

La cuestión es dilucidar hasta qué punto es un instrumento factible más allá del ámbito patrimonial, para fijar con garantías el régimen de guarda/ relaciones personales (idóneos) de los menores. Nos ayuda el análisis de las opciones de diversos estados americanos, que ha suscitado un notable debate. Así, por ejemplo, mientras Carolina del Norte –el primer estado en llevarlo a la práctica, con la *Arbitration Act*¹⁷⁰–, New Jersey, Pennsylvania, Michigan¹⁷¹ o Colorado lo han incorporado, el estado de Nueva York lo prohíbe de manera expresa.

Vamos a oponer Nueva Jersey y Nueva York, como dos posiciones que permiten un análisis comparatista muy útil¹⁷². El punto de partida, probablemente, excede el ámbito del propio ADR,

¹⁶⁵ VID. RUVOLO (s.f.)

¹⁶⁶ BONA (2015).

¹⁶⁷ Vid. <http://ifla.org.uk/>; para situar los inicios, <http://www.lawgazette.co.uk/practice/new-family-court-opens-in-push-to-encourage-adr/practice/arbitration-scheme-to-resolve-private-children-disputes/5053563.article>. Como material especial interesante, la Guía elaborada por la propia asociación: <http://ifla.org.uk/divi/wp-content/uploads/Public.pdf>. También en el 2012 se había constituido el *Family Law Arbitration Group Scotland*.

¹⁶⁸ KAESER (2004, pp.128-129)

¹⁶⁹ http://www.uniformlaws.org/shared/docs/family%20law%20arbitration/UFLAA_Final%20Act_2016.pdf. Como se apunta en el comentario al art. 2 (Definiciones): “Two key terms in the act are “family law dispute” and “child-related dispute.” A family law dispute incorporates the domestic relations law of the particular state. In most states, the subject matters within family or domestic relations law include issues relating to defining, classifying, valuing, and dividing real and personal property; determining and allocating debt; awarding alimony, maintenance, or spousal support; determining custodial responsibility, parenting time, and child support; construing and enforcing agreements—premarital, postmarital or marital incident to a divorce; and awards of attorney fees. In some states marital tort issues may be included.”

¹⁷⁰ <http://www.divorcesource.com/ds/northcarolina/arbitration-a-new-tool-for-contested-family-law-cases-3159.shtml>. Ha constituido el referente principal de la ley modelo. Sobre la evolución en Carolina del Norte, BURLESON (2007-2008.)

¹⁷¹ <http://www.michbar.org/journal/article.cfm?articleID=971&volumeID=75>

¹⁷² La referencia básica es FOX (2010-2011), que hace un análisis comparatista.

pues ambos estados parten de regulaciones diferentes de la guarda. En Nueva Jersey, la ley identifica una serie de índices a sopesar para su determinación a la vez que insiste – machaconamente– en la autonomía de los progenitores para su configuración y, sobre todo, proclama que los derechos de los progenitores son iguales, en una preferencia explícita por la guarda conjunta. En otras palabras, las normas de Nueva Jersey se centran en los padres, mientras que las de Nueva York lo hacen en el menor y su interés superior (un discurso similar a algunas construcciones sobre la guarda en las legislaciones autonómicas...). Desde esa perspectiva –y aunque los dos territorios han adoptado la *Uniform Arbitration Act*, que no proscribe el arbitraje para el derecho de familia– los tribunales de N.J. aceptan los laudos en esa materia y los de N.Y. no. Para estos, las cuestiones relativas a la custodia están tan próximas a las políticas públicas que deben situarse más allá de la discrecionalidad arbitral¹⁷³. Por el contrario, N.J. ha enfatizado que la libertad de los progenitores permite servirse de dicho instrumento¹⁷⁴ con una pequeña cautela, pues los tribunales pueden revisar la decisión si hay lesión [*harm*] para los menores. Este parámetro parece más restringido que el del interés del menor y por ello más difuso al confrontarlo a la autonomía de las partes¹⁷⁵; también hace más difícil la interposición de recursos (otra objeción recurrente). Además, existe el problema de cómo incorporar a los menores al procedimiento¹⁷⁶, aunque se ha apuntado que podría solventarse nombrando un defensor judicial¹⁷⁷.

En Canadá la evolución es semejante: podemos mencionar las experiencias de British Columbia (plasmada en la Family Law Act Regulation (2012)¹⁷⁸) y de Ontario, aunque Quebec lo prohíbe¹⁷⁹. En la práctica lo asocian al CoorP. De hecho, se ha postulado la conveniencia de nombrar al CoorP árbitro en disputas sobre custodia¹⁸⁰.

¿Podemos considerar el arbitraje una alternativa real en nuestro país en un futuro próximo? Creemos que no, atendiendo al régimen de protección de los menores, con la preceptiva intervención del Ministerio fiscal y las restantes garantías que se derivan del procedimiento jurisdiccional. Además, de inmediato se entra a discutir el margen –si es que lo hay– de disponibilidad del objeto del conflicto. En el 2005, ROCA TRÍAS había apuntado que sólo podían

¹⁷³ FOX (2010-2011, p.555). Cuentan con un *leading case*, *Glauber v. Glauber* (1993) en que el Tribunal de Apelaciones de N.Y. rechazó el arbitraje como ADR en esta materia, porque: "the responsibility of the courts always supersedes whatever bargain has been struck . . . a court cannot be bound by an agreement as to custody . . . and simultaneously act as *parens patriae* on behalf of the child." (vid. también WILSON (1996, p.229)

¹⁷⁴ También aquí se menciona un *leading case*, *Fawzy v. Fawzy* (2009), con el siguiente razonamiento: "within the constitutionally protected sphere of parental autonomy is the right of parents to choose the forum in which their disputes over child custody and rearing will be resolved, including arbitration." (FOX, 2010-2011, p. 557)

¹⁷⁵ Apunta FOX (2010-211, p.563): "Because the court does not elaborate on what the threat of harm standard means or entails, it is unclear how significant this burden really is, or what a parent will need to prove to get judicial review. What is a threat? What is harm? What are the elements of a prima facie case for a threat of harm? This standard seems too uncertain for deciding the welfare and future of a child".

¹⁷⁶ O considerar que no es factible, porque se les impone (vid. WILSON, 1996, p. 228)

¹⁷⁷ WILSON (1996, p.234).

¹⁷⁸ <http://www.bclaws.ca/civix/document/id/loo92/loo92/331105891#section5>: Family law arbitrators 5 ... "(3) An arbitrator referred to in subsection (2) (b) is qualified as a family dispute resolution professional to conduct arbitrations in relation to family law disputes relating to one or more of the following only: (a) parenting arrangements; // (b) contact with a child;/(c) child support to which all of the following apply: // (i) all children in relation to whom support is sought are under 19 years of age (...)"

¹⁷⁹ KENNETT (2016, p.7)

¹⁸⁰ <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/family/arbitration/choosing.asp>

ser objeto de arbitraje “aquellos derechos que no pertenecen a lo que se ha dado en llamar el *orden público familiar*”¹⁸¹. Defendía su empleo “como medio para zanjar los problemas que pueden existir en la ejecución de las sentencias de separación o divorcio por lo que se refiere a los aspectos económicos de las mismas”¹⁸² y, en definitiva, para aquellas cuestiones que no fueran de orden público, entre las que incluía -ergo no eran disponibles- los alimentos futuros o los aspectos de régimen primario¹⁸³. En un pormenorizado estudio posterior, VIOLA DEMESTRE¹⁸⁴ estimaba que únicamente podía utilizarse para materias puntuales como la liquidación del régimen económico matrimonial, aunque apunta que cabría incrementar el número de supuestos¹⁸⁵.

Como dato relevante, y quizás sí exportable, ORTUÑO menciona un “arbitraje no vinculante” en derecho de familia, asociado al servicio *multi-door* que veremos *infra*¹⁸⁶. Lo sugiere el propio tribunal, una vez comenzado el procedimiento. Parece especialmente indicado para asuntos en que la rapidez es fundamental.

Y una última objeción. Los expertos han denunciado los arbitrajes de autoridades religiosas de determinadas confesiones que contestan la igualdad de los consortes o la disolubilidad del matrimonio¹⁸⁷- la *Shari’a arbitration*-. Es una cuestión que genera una progresiva inquietud, a medida que se conocen supuestos concretos.

7. Otras herramientas posibles: descubrir/ innovar cada media hora

A estas alturas, parece incontestable que los operadores -no únicamente jurídicos- están proponiendo y/o desarrollando mecanismos para una gestión satisfactoria de los conflictos familiares *au-delà* del perímetro jurisdiccional. Ahora bien, carecemos de estudios empíricos para valorar su utilidad. Para evitar experimentos apresurados, es preciso un seguimiento solvente que nos permita conseguir y confrontar estadísticas. Desde el primer momento deben elaborarse bases de datos que procesen informaciones fidedignas sobre las que trabajar en el futuro. Sólo así podremos identificar las estrategias para encarar la conflictividad familiar, que no disminuirá pero que puede discurrir por vías no necesariamente gravosas...

Hemos visto las figuras más recurrentemente utilizadas, y ahora queremos destacar otras iniciativas que han encontrado acomodo en otros países. En concreto, intentaremos situar de manera individualizada la *settlement conference*, la Evaluación Neutral Previa (que engloba también las *Mini Child-Custody Evaluations*), los jueces privados y los FRC australianos. Son una muestra que nos parece útil en un momento en que las construcciones o experimentos se multiplican. Como último ejemplo de esta multiplicación, nos consta que se ha ensayado recientemente un modelo híbrido que conecta el proceso colaborativo con una pluralidad de CoorP, uno para cada parte en conflicto¹⁸⁸. Se estima adecuado para familias con un muy, muy,

¹⁸¹ ROCA TRÍAS (2005)

¹⁸² ROCA TRÍAS (2005 p. 16).

¹⁸³ ROCA TRÍAS (2005, p.20).

¹⁸⁴ VIOLA DEMESTRE (2007, pp.43-72). Con el mismo criterio, GÓMEZ (2010)

¹⁸⁵ VIOLA (2007, p.72)

¹⁸⁶ ORTUÑO (2014, 94-95).

¹⁸⁷ Vid. BROYDE (2016) y MACKLIN (2013).

¹⁸⁸ BROWN *et alii* (2017).

alto grado de conflictividad –casos tan exasperantes como extenuantes-. Por tanto, en esta modalidad encontramos dos CoorP, que también actúan como *divorce coaches*.

7.1. La “Settlement conference” (Conferencia reservada para acuerdos)

En algunos territorios, se ha puesto en práctica la *settlement conference*, o “conferencia reservada” (significativamente Québec, vid. *Code de la procédure civile*: arts. 161-165 –ya existía en la normativa previa-). Nos permitimos reproducir el articulado, como la mejor manera de situarlo:

161. Le juge en chef peut, à tout moment de l’instance mais avant la date fixée pour l’instruction, désigner un juge pour présider une conférence de règlement à l’amiable si les parties le lui demandent et lui exposent sommairement les questions à examiner ou si lui-même recommande la tenue d’une telle conférence et que les parties agréent sa recommandation. Il le peut également, même après la date fixée pour l’instruction, si des circonstances exceptionnelles le justifient.

La charge de présider une conférence de règlement à l’amiable entre dans la mission de conciliation du juge.

162. La conférence de règlement à l’amiable a pour but d’aider les parties à communiquer en vue de mieux comprendre et évaluer leurs besoins, intérêts et positions et à explorer des solutions pouvant conduire à une entente mutuellement satisfaisante pour régler le litige.

163. La conférence est tenue en présence des parties et, si elles le souhaitent, de leurs avocats. Elle a lieu à huis clos, sans frais ni formalités.

La conférence ne suspend pas le déroulement de l’instance, mais le juge qui la préside peut, s’il l’estime nécessaire, modifier le protocole de l’instance pour en tenir compte.

Tout ce qui est dit, écrit ou fait au cours de la conférence est confidentiel.

164. De concert avec les parties, le juge établit le calendrier des rencontres, les règles applicables à la conférence et les mesures propres à en faciliter le déroulement.

Ces règles peuvent notamment prévoir que le juge pourra rencontrer les parties séparément et que les personnes dont la présence est considérée utile au règlement du litige pourront y participer.

Les parties sont tenues de s’assurer que les personnes autorisées à conclure une entente sont présentes à la conférence ou qu’elles peuvent être consultées en temps utile pour donner leur accord.

165. Si un règlement à l’amiable intervient, le juge peut, sur demande, homologuer la transaction.

Si aucun règlement n’intervient, le juge peut prendre les mesures de gestion appropriées ou, avec le consentement des parties, convertir la conférence de règlement à l’amiable en conférence de gestion. Il ne peut cependant par la suite instruire l’affaire ou décider d’une demande incidente à celle-ci.

En buena medida este ADR participa de los principios de la mediación. Es confidencial y la finalidad del juez es ayudar a las partes a comunicarse con el objetivo de comprenderse mejor e identificar sus intereses, evaluar sus posiciones y explorar soluciones alternativas para la consecución de un acuerdo. Significativamente, se omite cualquier referencia a propuestas (ni siquiera no vinculantes). La fuerza de la medida, se advierte, es la rapidez, y el hecho de que el propio juez pueda homologar la transacción. ORTUÑO señala que “Este sistema ha dado lugar a la consolidación de jueces técnicamente muy preparados para realizar esta función (...) tiene en cuenta, también, que hay jueces con mejores habilidades naturales para presidir estas

negociaciones que otros que por su naturaleza pueden ser más reservados y prefieren realizar una tarea profesional más técnico-jurídica. Pero lo cierto es que en numerosos casos el juez es consciente de que el litigio que tiene delante es un conjunto de problemas complejos y con dimensiones extrajurídicas, y esta herramienta puede ser de enorme efectividad. Lógicamente incide en el descenso de la litigiosidad puesto que evita la multiplicación de incidencias en las ejecuciones forzosas”¹⁸⁹.

7.2. La Evaluación Neutral Previa

a) La adecuación de una figura no pensada para el derecho de familia

En esa aplicación de los mecanismos exitosos de ADR en el ámbito patrimonial, encontramos también, por ejemplo, el Evaluador Neutral Previo (un exponente de la *Early Neutral Resolution*)¹⁹⁰. En su concepción inicial, el ENE se utilizó para conflictos de carácter no familiar (contratos, daños, y derecho laboral). En su evolución internacional, también se circunscribe, a día de hoy y con éxito in crescendo al derecho mercantil y de la empresa, es quizás ese éxito el que ha llevado a querer probarlo en el ámbito de familia, aunque al inicio su promotor principal, un juez de California (Wayne Brazil) consideraba que era un instrumento poco idóneo para manejar sentimientos y lo circunscribía a cuestiones familiares financieras. Ahora bien, un programa piloto de Minnesota empleó el ENE para disputas parentales, con *ratios* de acuerdo muy satisfactorias (un 70%)¹⁹¹, a partir de la siguiente definición del ADR:

“... a forum in which attorneys present the core of the dispute to a neutral evaluator in the presence of the parties. This occurs after the case is filed but before discovery is conducted. The neutral then gives an assessment of the strengths and weaknesses of the case. If settlement does not result, the neutral helps narrow the dispute and suggests guidelines for managing discovery”¹⁹²

El procedimiento en relación con el derecho de familia era simple (se había probado con éxito antes en otros conflictos civiles). En una primera audiencia con el tribunal, se presentaban varias alternativas de ADR, entre las que estaba la ENE (lo que no obsta para que pueda proponerse en cualquier fase del procedimiento). Para este ADR, había *teams* de dos neutrales, un hombre y una mujer, con formación acreditada. Tras haber consentido este ADR, el mismo día de la audiencia o una semana después (ese era el plazo) tenía lugar una primera sesión. Dicha sesión tenía una duración de 2/ 3 horas en que las partes presentaban sus posiciones y respondían de manera breve a las preguntas que les formulaba el *team*, con propósito clarificador. Acto seguido, los neutrales deliberaban en privado y optaban o bien por dar ya su opinión, o bien por explorar posibles acuerdos con las partes y sus abogados. Su opinión podía incluir, además de las recomendaciones sobre la guarda y la ordenación de los períodos a atribuir a cada progenitor, recomendaciones sobre acudir a terapia, clases de formación parental/coaching o incluso sobre la oportunidad de ayuda farmacológica. Se plasmaba en un informe que se hacía llegar al juzgado,

¹⁸⁹ ORTUÑO (2015, p. 96 y 2016, p.38). En general, OTIS-REITER (2006).

¹⁹⁰ DIDUCK (2016, p.141).

¹⁹¹ BOYARIN (2012 p.383) y, muy sucinta, Ver STEEGH (2008-2009, p.663). Específicamente PEARSON (2006)

¹⁹² PEARSON (2006, p.673)

en que constaba el acuerdo parcial, total o la falta de acuerdo¹⁹³. Si ese formato no había sido suficiente, en el plazo de un mes convocaban a otro meeting, y durante el lapso previo podían entrevistar de modo individual a las partes, a los menores, o a terceros que estimaran valiosos para formar su criterio¹⁹⁴.

El interés añadido de esta fórmula, no muy alejada de alguna presentación de arbitrajes no vinculantes y con un margen de flexibilidad muy amplio, es la estrecha colaboración entre los tribunales y los responsables de este ADR.

b) Confidential Mini Child-Custody Evaluations

Esta modalidad de evaluación alternativa pretende proveer a las partes de la información sobre la custodia -sin que deban acudir a los tribunales-. Se ha definido como una modalidad de la Evaluación Neutral¹⁹⁵. Vale la pena acotar sus índices definitorios: 1. Confidencial: 2. Mini, por cuanto, frente a otras evaluaciones pretendidamente omnicomprendivas, aquí se acotan los aspectos a valorar, ciñéndose a menudo a las partes y sus hijos, acaso también a sus abogados y al mediador 3. Evaluativa, porque, a diferencia de la mediación, el tercero hace recomendaciones, aunque no consisten en un informe escrito, sino en una exposición oral de su criterio. Todo “express” (la otra acepción de *mini*). Se considera útil por su rapidez, por sus costes menores, por la ausencia de riesgos y porque parece probado que aminora la situación de conflicto entre los progenitores.

7.3. Los “jueces privados”

De nuevo estamos ante una figura híbrida, en este caso entre la litigación tradicional y los ADR. Corresponde pronunciarse sobre el conflicto a jueces retirados -*private decision makers*- investidos de la potestad pública para resolver ese caso, de modo que sus decisiones son vinculantes y pueden ser objeto de apelación ante el tribunal superior. Actúan con el consentimiento de las partes y tras una orden emanada del presidente del tribunal que estaba examinando con anterioridad el caso. Los legitima su reputación previa, que parece una garantía de solvencia. En sus pronunciamientos se ajustan a los parámetros legales, de modo que no hay riesgo de que obvien el principio del interés superior del menor¹⁹⁶. Pero, como aspectos propios del arbitraje, esos jueces privados actúan de un modo mucho más flexible, rápido y -lo más valorado-, sujetos a la confidencialidad¹⁹⁷. California los viene utilizando con éxito, aunque con críticas ligadas a esa garantía de confidencialidad y al hecho de considerarlo un instrumento reservado a

¹⁹³ Seguimos la crónica de PEARSON (2006, p.674)

¹⁹⁴ PEARSON, *Ibidem*. En resumidas cuentas (p.680): “A total of 349 ENE cases have been completed since the inception of the program. Of these, 177 (51%) have reached full settlement. Another 43 cases (12%) have reached partial settlement. Only 82 (23%) of the cases have gone on to a full custody study”.

¹⁹⁵ En general, MOSTEN (2011-2012)

¹⁹⁶ FOX (2010-2011, p.566.) Recalca esa sujeción al derecho sustantivo: “Private judging is an advantageous option because private judges apply substantive law, which means that a private judge in New York will use the best interests standard in his or her custody determinations”. Recordemos cómo se ha reprochado a los árbitros que no lo tengan necesariamente en cuenta...

¹⁹⁷ NAGARAJ (2007, pp. 1615-1617). Permite que acusaciones de malos tratos etc., no salgan a la luz...

pueriles¹⁹⁸. Otros estados han seguido su ejemplo. Podemos mencionar el de Nueva York, en que los jueces privados constituyen un argumento para rechazar el arbitraje de familia¹⁹⁹.

7.4. Los Family Relationship Centres australianos

a) Origen y funciones

Australia ha adoptado una vía diferente de gestión de los conflictos, separada conceptualmente del ámbito jurídico, pese a estar coordinada con él²⁰⁰. Nos referimos a los *Family Relationship Centres* (en adelante FRCs), que son una especie de servicios comunitarios, sufragados por el gobierno australianos. A día de hoy nos constan 65, esto es, un FRC por cada 300.00 habitantes²⁰¹: en el 2006 se crearon 15 y en el 2007 y en el 2008, 50 más (25 cada año)²⁰². Traen causa del informe *Every picture tells a story. Report on the inquiry into child custody arrangements in the event of family separation* (2003) que mencionábamos al inicio, el cual dio lugar a una respuesta del gobierno, un debate a nivel de las diferentes instancias y, lo mejor, una traducción práctica.

Desde el inicio, los FRC “were an entirely new sort of service”²⁰³; en ningún caso un mero “divorce shop”²⁰⁴. Procuran servicios de apoyo a las familias con una visión *holística*: facilitan a las parejas información sobre el matrimonio (una renovada educación “prematrimonial”), persiguen mejorar las relaciones de las familias durante su vigencia, ayudarlas en las dificultades, y acompañar a los progenitores que se están divorciando, o que ya están divorciados y tienen dificultad en la ejecución de los acuerdos –por ejemplo, mediante servicios de mediación u otros ADR-. También atienden los problemas que puedan surgir con la familia extensa (los abuelos afectados por la separación) o incluso si se deben abordar cuestiones familiares con los profesores o los médicos²⁰⁵.

Una de las claves de su implantación fue la generosa partida presupuestaria que se dedicó a la reforma²⁰⁶. Se invirtieron cerca de 400 millones de dólares australianos: una mitad para los FRC y la otra para diferentes políticas ligadas a esa transformación de la gestión conflictual. Así, se desarrolló un programa terapéutico intensivo para familias con alta conflictividad, programas de educación y un sistema de asistencia *on line*: el *Family Relationship Advice Line* y el *Family Relationships Online website*²⁰⁷.

¹⁹⁸ NAGARAJ (2007, p.1621) se hace eco de estudios que los comparan con la escuela pública/ privada...

¹⁹⁹ FOX (2010-2011, p. 568).

²⁰⁰ <https://www.ag.gov.au/FamiliesAndMarriage/Families/FamilyRelationshipServices/Documents/Operational-Framework-for-Family-Relationship-Centres.pdf> (2017)

²⁰¹ PARKINSON (2013, p.195); sucinta y clara ECKELAAR-MACLEAD (2013, pp.37-38)

²⁰² PIDGEON (2013, p.227).

²⁰³ PIDGEON (2013, p.227).

²⁰⁴ PARKINSON, (2013, p. 196).

²⁰⁵ PARKINSON, (2013, p.202).

²⁰⁶ PARKINSON (2013, p.202): “Thus, as the centerpiece of the Government’s reforms to the family law system, FRC were not funded on the kind of minimalist basis that so often occurs as a response to the alleviation of social problems”

²⁰⁷ <https://www.familyrelationships.gov.au/>.

Se analizaron los menores detalles: por un lado, la cuestión geográfica ¿dónde debían ubicarse los centros? No se quería postergar a la población rural, dispersa (aunque tampoco se podía poner en marcha un FRC en cada pueblo), de modo que se hicieron estudios para facilitar el acceso (por ejemplo, mediante estrategias de simplificación de desplazamientos). Como se era consciente de que una iniciativa de esta envergadura sería un fracaso sin la difusión adecuada, esto es, si la población no era consciente de los nuevos recursos a su alcance, se desarrolló una campaña publicitaria que incluyó cortes radiofónicos, carteles publicitarios en los centros comerciales e incluso publicidad en los autobuses. En definitiva, se consiguió que los ciudadanos hablaran de los FRC. Además, se idearon fórmulas de difusión también a medio plazo, de modo que los FRC fueran una realidad no sólo para quienes tenían dificultades en el momento de la apertura de los centros, sino meses después.

Paralelamente, se puso en marcha un incisivo programa formativo para las personas que iban a trabajar en los centros. Se quería un staff plenamente consciente de esa nueva forma de encarar los conflictos y que tuviera conocimientos/habilidades para su mejor gestión. Esa formación se canalizó mediante workshops dirigidos, en buena medida, a interconectar profesionales y, desde bien pronto, a intercambiar experiencias, generando un corpus de actuación relativamente homologable...

Una idea errónea sobre su constitución es que obedecen a la hostilidad frente a los abogados²⁰⁸. Ciertamente, en el primer memorando del gobierno se incluye alguna frase poco afortunada (como lo importante de obviar cualquier componente legal). La realidad se impuso y en el 2009 se puso en marcha un programa que pretendía la actuación conjunta de los FRC con los servicios de asistencia jurídica. Este programa, denominado el “Better Partnerships” fue impulsado por el Abogado General y relacionaba los FRC con diferentes servicios de asistencia jurídica.

Junto a la publicidad y la formación, desde el inicio se construyeron y calibraron estándares de calidad: los ofertantes de los servicios debían acreditar su cualificación y tareas. Asimismo, los FRC eran canales de información, y disponían de Planes de Parentalidad y otros documentos informativos rigurosos. Una de las principales preocupaciones fue, también desde el inicio, la mejor gestión de los supuestos en que interviene violencia y/o abuso de menores. Se habilitaron espacios que permitían al expartner no tener que coincidir en ningún momento con su expareja (salidas independientes etc.). La constatación de la violencia no excluía necesariamente la mediación, sino que daba lugar a una evaluación concreta del supuesto, para dilucidar si el mediador podía atemperar el desequilibrio, en definitiva, si el procedimiento podía ser beneficioso.

b) La atención a la mediación

La mediación fue desde el inicio uno de los ejes de actuación de los FCR²⁰⁹. Al inicio, ofrecían una

²⁰⁸ PARKINSON, (2013, p.201): “The goal has been to change the cultural understanding that if there is a disagreement about the structuring of post-separation parenting arrangements, then one or both parents primarily need legal advice”. De todos modos, durante el proceso de debate y decisión, se advierten algunas manifestaciones de inequívoca hostilidad ante la preeminencia de la perspectiva jurídica, así en MOLONEY (2013 p.251), se recuerda como objetivo: “keep separating families away from lawyers as much as possible” (p. 77).

²⁰⁹ PARKINSON (2011, p.190)

sesión de mediación gratuita a todas las parejas de 3 horas, y tenían derecho a otras dos sesiones de tres horas gratuitas durante los dos años siguientes, si aparecían nuevos conflictos. Cuando un cambio de gobierno conllevó una reducción de fondos, se transformó esta oferta: tras la primera hora de mediación, las parejas con un cierto nivel de ingresos debían pagar una cantidad modesta. Esta medida no ha reducido el empleo de la mediación, pues numerosas familias siguen beneficiándose con carácter gratuito y el importe, si es preciso abonarlo, es reducido²¹⁰.

La posibilidad de sesiones separadas en el tiempo presenta varias ventajas: por un lado, la primera sesión sienta las bases de la organización, sin perjuicio de que el transcurso de un lapso permita afinar los acuerdos en una sesión ulterior; por el otro, permite la implementación real, con la constatación de los aciertos y errores de la práctica y la posibilidad de modularlos, transformarlos con conocimiento de causa... De hecho, cuando la implementación de lo acordado -que en el papel parecía óptimo- se revela imposible o inútil en la práctica y se debe volver a los tribunales, la opción de la mediación resulta especialmente provechosa²¹¹. Asimismo, numerosos FRC proporcionan esa sesión de mediación obligatoria para poder acudir a los tribunales.

Ya hemos mencionado que los FRC desarrollan el modelo de la *Children-Inclusive mediation*, ideando mecanismos para hacer participar a los menores en los procesos de ruptura de sus padres. También han incorporado a su *modus operandi* entrevistas a los menores en situaciones complejas (por concurrir drogas, enfermedades mentales etc.). Esos mecanismos de intervención se integran en un plan más ambicioso en el que participan diversos organismos administrativos, que se relacionan entre sí-, dirigido especialmente a la salvaguarda de los menores²¹². En definitiva, convierten a los FRC, más allá de su diseño inicial, en actores directos de estas políticas de protección.

8. Algunas reflexiones de presente, ergo provisionales

8.1. La pregunta del millón: ¿cómo determinar el ADR óptimo (el debate entre la secuencia y la tría)?

Hemos presentado diversos ADR en un momento en que ya hemos asumido que la mediación no es el instrumento óptimo para cualesquiera conflictos familiares. Identificado este hecho, un principio permanece, pese a todo, inmutable y es la concepción de los tribunales como última fase de resolución de conflictos²¹³. Por tanto, con carácter previo debe dilucidarse cuál es el ADR

²¹⁰ PARKINSON (2013, p.204).

²¹¹ PARKINSON (2013, p.205).

²¹² HANNAN (2013, p.271)

²¹³ En esa línea, la Reforma de la Loi de Procédure civile du Québec (en vigor desde el 1 de enero del 2016) establece que las partes sólo en último lugar pueden acudir a los tribunales, y que la obligación inicial de los abogados es analizar con sus clientes cuál es el instrumento adecuado para gestionar su conflicto. [LIVRE I. Titre I. les principes de la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends 1. (...)] Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux.

adecuado²¹⁴.

Ese evaluar la pluralidad de opciones va ligado, como anticipábamos, a aceptar que la mediación no es la única alternativa al proceso judicial²¹⁵. La búsqueda del ADR idóneo se puede articular de dos maneras diferentes: secuencial y preidentificativa -en una traducción imposible de la locución *tiered and triage approaches*-²¹⁶. La aproximación secuencial parte del procedimiento menos intrusivo que mayoritariamente se corresponde con un procedimiento de mediación; sólo si ésta fracasa propone sucesivos ADR en que el modo de afrontar el conflicto va desplazando las características de intervención típicas de aquella, en otras palabras, tenemos un recorrido con diversas etapas de la auto a la heterocomposición. La preidentificativa [también conocida como “differentiated case management”²¹⁷] supone escoger, a partir de las características del conflicto y de una serie de índices, el ADR que parece más adecuado para ese conflicto desde el inicio. Entronca con la denominada justicia *multi-door*, que se apoya en el *multi-door courthouse concept*. Supone la incorporación de la denominada *Multi-Door Dispute Resolution Division (Multi-Door)*, esto es, una unidad con sede en los propios juzgados que pretende facilitar/indicar a las partes en conflicto el instrumento de ADR más adecuado para su gestión (mediación, arbitraje...).

Estamos hablando de una fórmula que fue presentada hace más de 40 años en la célebre Conferencia Pound (abril 1976). Su creador es el profesor Frank SANDER, quien incluso diseñó la estructura de la oficina “distribuidora” de ADR, con siete espacios. Se recurría a una figura u otra en base a cinco índices que permitían identificar la unidad adecuada. En concreto: la naturaleza del conflicto (1), la relación entre las partes (2), el importe de la disputa (3), el coste de cada proceso (4) y la rapidez de cada proceso (5)²¹⁸.

Desde el principio se fue consciente de que lo más importante era disponer de parámetros solventes que posibilitaran encarrilar de manera objetiva los conflictos a una unidad u otra. Por eso, en el 2006 -con el soporte de experiencias desarrolladas en los tribunales de los estados y condados americanos-²¹⁹ se estudiaron nuevos índices. A los efectos de este análisis lo que nos importa es que defienden la mediación como primer paso para la inmensa mayoría de los supuestos.

El sistema *multidoor* no excluye a los tribunales de los conflictos del ámbito familiar, sólo los aleja de la sala de vistas. Es la unidad del propio juzgado la que calibra y decide, a la vista del conflicto singular, cuál es la/s opción/es más adecuada/s. La experiencia, común a numerosos estados

²¹⁴ Como señala STEFFEK (2016, p.58): “From the perspective of a party looking to solve a dispute, the question is not “mediation or judicial proceeding?” and it is not “ADR or judicial proceeding?” either. Instead, the question is: “Which form of dispute resolution is the best for the specific conflict to be solved?”.

²¹⁵ Como última referencia, BOYARIN (2012, p.382): “Rather than assume a “pure” self-determination versus coercion binary, there is room for ADR processes with varying degrees of “convergence” between self-determination and directiveness”.

²¹⁶ SALEM (2009, pp.371-388); LANDE (2012, p.432)

²¹⁷ LANDE (2012, p.432).

²¹⁸ HEEDEN (2011-2012). Antes, útil, más allá de las disputas familiares, SANDER-GOLDBERG (1994) y SANDER (1985).

²¹⁹ Vid. SANDER -ROZDEICZER (2006) y SCHNEIDER (2000, pps.113-136), si bien él reflexiona a partir de tres herramientas *in genere*: negociación/ mediación / arbitraje, con el índice reiterado de los beneficios “terapéuticos” para las partes.

americanos, se está expandiendo, por ejemplo, a los tribunales australianos²²⁰, pero también a algunos países de Latinoamérica²²¹. A día de hoy nos resulta una construcción ajena, pero ORTUÑO ya ha abogado por “la inserción de los mecanismos del sistema *multi-door* en el ordenamiento jurídico procesal español”²²².

Hemos dicho reiteradamente que estamos en un ámbito en evolución continua. Apenas familiarizados con la *Multi-door justice*, aparece la *Multi-option justice*, que los americanos emplean (no a menudo), como sinónimo del primero pero que en Australia, de modo acorde con su revolución en la gestión de los conflictos familiares, identifica un sistema que supera el perímetro del tribunal para incorporar servicios administrativos diversos en una visión “holística” de la consecución de la justicia²²³.

Una última precisión. Hemos situado los diferentes ADR en una secuencia cronológica temporal. Primero el derecho colaborativo o la mediación; si se frustra, la conferencia reservada o quizás una ENP; como siguiente etapa un *minitrial* o un juez privado... pero también cabe elegir el ADR en función del objeto, disgregando los conceptos que integran el conflicto. Así, en Reino Unido, los tribunales en determinados supuestos aíslan los puntos de controversia y recomiendan emplear metodologías distintas: por ejemplo, las cuestiones relativas a la guarda de los menores se ventilan en una mediación, las controversias sobre la titularidad de bienes o derechos se reservan para el contencioso judicial y la atribución del negocio familiar explotado por ambos cónyuges hasta la ruptura se somete a un arbitraje rápido²²⁴.

8.2. ¿Y si, puestos a importar herramientas nuevas, incorporásemos en la gestión de las crisis familiares Programas Educativos Parentales?

Es creencia no controvertida que si los progenitores fueran realmente conscientes al inicio del proceso -frente a su terca obcecación, férreamente modelada- de cómo sus malas relaciones afectan al desarrollo de sus hijos y al modo en que se conducirán en la vida adulta, su

²²⁰<http://www.ncsc.org/sitecore/content/microsites/future-trends-2013/home/~media/Microsites/Files/Future%20Trends%202013/06202013-Australias-Civil-Justice-System-Developing-a-Multi-Option-Response.ashx>

²²¹ Una concisa pero clara presentación en MARTÍN FIZ (2010, pp.149-153). El recuerda (p.151), que “el ‘tribunal multipuertas’ (también denominado en Suramérica como ‘casas de justicia’) es un modelo de Justicia abierta que permite la libre elección por parte de los ciudadanos para resolver el conflicto por el sistema más adecuado según su perfección” Y concluye (ps.152-153): Más que insistir en dotaciones de órganos jurisdiccionales de nueva creación quizás una alternativa valiente, innovadora y menos onerosa económicamente, sea la integración en el Ámbito de la administración, con la debida separación de funciones y competencias, de los demás medios y sistemas de solución de conflictos. Se da con ello una mayor capacidad de respuesta al conflicto, una más variada oferta al ciudadano, e incluso un beneficio a los propios tribunales (descongestionando sin salir del juzgado, en sentido amplio de la expresión, su carga de trabajo)” -el subrayado es nuestro-. Como lúcida reflexión, ORTUÑO (2015), (2016).

²²² ORTUÑO (2015, p.97).

²²³<http://www.ncsc.org/sitecore/content/microsites/future-trends-2013/home/~media/Microsites/Files/Future%20Trends%202013/06202013-Australias-Civil-Justice-System-Developing-a-Multi-Option-Response.ashx>

²²⁴ ORTUÑO (2015, p.95).

comportamiento sería diferente. Para abrirles los ojos sobre las consecuencias reales de un divorcio conflictivo, la mayoría de los estados americanos -y Canadá, y Australia- han incorporado, en algún momento del proceso, los Programas de Educación Parental.

Se trata de Programas que habitualmente impulsan y supervisan los propios tribunales, aunque hoy también aparecen recogidos, como requisitos, en legislaciones estatales. En la presentación de una secuencia de herramientas para gestionar los conflictos familiares aparecen en ocasiones, y siempre en primer lugar, incluso antes de dar inicio a un proceso de mediación.

En estos momentos nos constan Programas de Educación en 46 estados americanos, de alcance diferente. En algunos estados son obligatorios en todos los procedimientos familiares y en otros se imponen únicamente a los progenitores cuando los jueces estiman que pueden ayudarles. En general oscilan entre las 4 y las 8 horas y aunque no suelen ser gratuitos, sí resultan muy económicos (mayoritariamente entre 30-35 dólares). Veamos varios ejemplos y los efectos de su realización/no realización: en el estado de Delaware, si la parte no acredita ante el juez que ha realizado el curso, no tiene derecho a un régimen de visitas²²⁵. En el Estado de Nueva York existe desde el 2005 un programa con una relación de instituciones o profesionales habilitados para la impartición, y los progenitores deben acudir si los jueces lo determinan²²⁶; en Virginia se recomienda con carácter previo a acudir a la mediación o a otro mecanismo de resolución de conflictos²²⁷. No se circunscriben a los EEUU. En la mayoría de los FRC australianos, es obligatoria una sesión de formación de entre dos y tres horas para poder acceder a la mediación²²⁸.

Estos Programas constituyen una medida preventiva importante. Ni siquiera se asocian a rupturas o relaciones conflictivas. Es más, se ha afirmado que en relación a las familias conflictivas pueden ser poco efectivos e incluso inapropiados²²⁹. Poco efectivos porque en esos casos es preferible un trato singular y poco apropiados porque pueden facilitar que progenitores con determinados desórdenes se sirvan de los conocimientos adquiridos para desarrollar

²²⁵ <http://courts.delaware.gov/forms/download.aspx?id=28578>.

²²⁶ <http://www.nycourts.gov/ip/parent-ed/>

²²⁷ http://www.courts.state.va.us/courtadmin/aoc/djs/programs/parented/home.html#seminar_providers

²²⁸ Lisa PARKINSON (2013, pp.203-204): "Sessions may cover such issues as the way people deal with separation emotionally; the need to separate the parents' conflicts from issues about the children; the value of a parenting plan; what helps children get through the divorce process and what harms them; how parenting arrangements need to take account of the needs of children at different developmental stages; practical options for structuring post-separation parenting arrangements; the value and limitations of shared parenting; the issue of children's participation in decision-making about arrangements; sources of help to deal with family violence and child protection issues; and comparing mediation and litigation as options for dealing with disputes about the children" (los subrayados son nuestros)

²²⁹ JOHNSTON (1999-2000, p. 469).

estrategias ventajosas en el litigio.²³⁰ En los últimos tiempos se ha destacado su utilidad cuando las partes carecen de representante legal en el litigio²³¹.

La imposición de estos cursos no se considera en EEUU una muestra de intervencionismo²³². Posiblemente en nuestro país una medida semejante sí fuera criticada en ese sentido. Aunque, desde el pragmatismo, creemos que los justifica el interés superior del menor. De todos modos, a día de hoy algunos investigadores creen que resultan más eficaces para mejorar/racionalizar la relación entre los progenitores durante el proceso de divorcio que para optimizar las relaciones posteriores cuando ya son ex²³³.

Y, conjugando todo lo visto con anterioridad, en estos momentos empiezan a implantarse cursos de educación parental *on-line*, que a buen seguro se multiplicarán en los próximos años²³⁴.

8.3. Jueces activos/activistas: la reivindicación de una jurisdicción de familia

Muchas de las iniciativas en sede de ADR han tenido el protagonismo o la colaboración de los jueces, rigurosamente implicados en la gestión de conflictos cuyas características los hacen inadecuados para los tribunales (esa *litigiosidad impropia*). La Carta Magna de los Jueces europeos [Principios fundamentales], establece bajo la rúbrica “Acceso a la justicia y transparencia” que “15. El juez debe actuar para asegurar la consecución de una solución rápida, eficaz y a un coste razonable de los litigios; debe contribuir a la promoción de métodos alternativos de resolución de conflictos”²³⁵. Ese principio ha sido interiorizado por un sector de la judicatura europea con manifestaciones diversas: desde los jueces-mediadores que resuelven de manera exprés conflictos derivados por el propio tribunal –y en el mismo edificio- hasta análisis consensuados de la mejor manera de promover la mediación, mediante encuentros, programas pilotos y Guías de facilitación. Los jueces han promovido la mediación intrajudicial, con una implicación inagotable²³⁶. En algunos países, envían a las partes no ya a una sesión informativa, sino que les ofrecen una mediación en el mismo edificio, conducida por otro juez que ha sido formado en mediación (ese reconocimiento a los jueces mediadores que aparece en el concepto de mediación

²³⁰ Por ello, progresivamente están implantándose programas específicos, dirigidos, por ejemplo, a los colectivos que, o bien dependen de la decisión judicial para cualquier decisión sobre el ejercicio de la guarda o de la potestad o bien que carecen de capacidad para mantener una mínima relación. Son programas de mayor duración, que más que enumerar los DO y DON'TS para padres (“¿Qué hacer? / ¿Qué no hacer?”), enseñan técnicas para orillar o relativizar los conflictos, con el soporte de ejercicios prácticos, simulaciones, rol-plays, grupos de debate, documentación etc. BACON - MCKENZIE (2004, p. 95). Justamente, el documento de los tribunales de Alberta (de 100 páginas) es una *Guía* que acompaña un curso de 3 horas de duración [<http://www.albertacourts.ab.ca/cs/familyjustice/CTS0907.pdf>].

²³¹ LANDE (2012, p.434).

²³² KIERSTEAD (2011, p. 140 ss.); POLLET -LOMBREGLIA (2008, p. 375 y ss). Incluye un completo cuadro comparativo de los programas (pp. 392-394). Por último, RIDDLE *et al.* (2003, p.99 ss. [se centra en la experiencia de Utah].

²³³ BACON-MCKENZIE (2004, p.88).

²³⁴ SCHRAMM-MCCAULLEY (2012)

²³⁵ Strasbourg, 17 November 2010 CCJE (2010)3 Final ; <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1707925>

²³⁶ Baste recordar las experiencias narradas en el Simposio “Tribunales y Mediación”, recogidas en LAUROBA-ORTUÑO (2104), en los Juzgados de Madrid (L.A. González Martín), Barcelona (R.Alastruey), Islas Baleares (R.Mª Mas Piña), Murcia (M.P.del Riquelme Herrero) o Málaga (I. C. Jiménez), entre otros.

de la Directiva 52/2008/UE.) En otros países se han implicado en las modalidades de los servicios de *multi-court* que, no lo olvidemos, se organizan desde los propios tribunales. Como último ejemplo, diversos tribunales americanos han adoptado lo que denominan DCMs, esto es, *Differentiated Case Management*²³⁷, a partir de una criba minuciosa para identificar los conflictos familiares complejos. En esa iniciativa se implican diferentes servicios sociales/ técnicos... En suma, en muchos territorios se está produciendo un deslizamiento/ ampliación de las funciones de los jueces, que “become case managers in addition to fulfilling the traditional role of decision maker”²³⁸.

Considerar los ADR como instrumentos idóneos para una primera gestión de los conflictos familiares no excluye a los tribunales, imprescindibles para aquellos asuntos cuyas características excluyen una intervención negociada. El problema que aparece es que “España es el único país de nuestro entorno cultural que ha rechazado reiteradamente que exista una especialización de los jueces que sirven los tribunales competentes en materia de derecho de la persona y la familia” (ORTUÑO, 2015, p.87). En efecto, los méritos para acceder a esos puestos se basan en la antigüedad, no en una formación específica, lo que dada la complejidad de los conflictos actuales, en que concurren desde elementos multiculturales hasta aspectos vinculados al funcionamiento de la cooperación jurídica internacional es una carencia. Por otro lado, ni siquiera esos tribunales especializados en familia existen en todas las demarcaciones...

Asimismo, la estructura y ordenación de los procesos de familia probablemente debería repensarse. Lo hacemos notar teniendo presente la idea australiana de la “Helping Court” en relación con los procesos de familia²³⁹, que intentaba diluir los aspectos más adversariales. Que debe repensarse lo avala la obsesión –relativamente reciente- de la UE por una justicia “children’s friendly”²⁴⁰. Una incorporación inteligente de los menores (porque, como se ha dicho, no es lo mismo que sean oídos por el juez para ayudarle a dictar sentencia, a que sean oídos para contribuir por sí mismos a los mejores acuerdos que afectan a sus familias –si lo desean-) también ha de redundar en la reducción de conflictos.

Y una apostilla: los Tribunales, pese a sus condiciones mejorables, siguen siendo el último órgano protector de los vulnerables en los conflictos familiares, y la mejor garantía de la salvaguarda de los derechos de las personas que integran una familia. Los intentos de orillar el componente jurídico pueden ser contraproducentes, porque aunque la ley, *per se*, no basta para solventar los conflictos, intentar obviarla puede conducir al caos. Como afirmaban EEKELAAR - MACLEAN (2013, p. 207) en las conclusiones de una de sus obras imprescindibles:

²³⁷ VER STEEGH (2008-2009, pp. 668-669).

²³⁸ VER STEEGH (2008-2009, p. 669). Como hacía notar el juez LEWIS (2015, p.373), “If the family court is to be a last resort for family resolution, we have an affirmative duty to work with other institutions to educate parents on resources and best practices for parenting their children”.

²³⁹ MOLONEY (2013).

²⁴⁰ Baste citar los Trabajos de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales, (<http://fra.europa.eu/en/publication/2017/child-friendly-justice-childrens-view>) o las Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice [2010] (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168045f5a9>)

“ ... for the large part, the court process is a continuation of the integrated approach, though sometimes formal adjudication is necessary. It should not therefore be seen as hostile, and alien, environment, to be shunned at almost any price. It remains the ultimate safeguard that serious family problems can be resolved justly”.

8.4. Mucho está por hacer y mucho es posible. Algunas recomendaciones

Las importaciones acríticas de figuras extranjeras no dan siempre buenos resultados, pero habitualmente los estados tienden a probarlas aunque las modulen de acuerdo con sus singularidades. El imparable aluvión de conflictos familiares asomando a las puertas de los juzgados conlleva la búsqueda acelerada de soluciones: la irrupción del CoorP en Cataluña lo demuestra. Nos permite conjeturar que otras figuras relevantes en otros territorios pueden adquirir protagonismo en el nuestro. Es previsible que en los próximos años incorporemos una pluralidad de expertos, de capacitación y legitimación reconocida y acotada (por ejemplo, los evaluadores de la guarda -*custody evaluator o parental evaluator*²⁴¹ y otros profesionales que acaso denominaremos con laxitud *coaches*). Sin cuestionar su eficacia, uno se plantea cómo podrá sufragarse esa multiplicación de servicios... Lo único evidente es que, en aras de la eficacia, deben fijarse vías de colaboración estructuradas entre los tribunales y las administraciones, que mejoren las cotidianas improvisaciones voluntariosas.

Para finalizar, y con el bagaje de los instrumentos que hemos visto en los apartados anteriores, , queremos incorporar algunas propuestas, dirigidas sencillamente a contribuir a esa gestión constructiva de los conflictos familiares en el futuro:

- a. Debe implicarse a los abogados en la promoción de la mediación y de los otros ADR, y convencerlos de que una nueva concepción de la justicia familiar no los excluye, ni les perjudica (pese a la traducción de ADR como *Alarming Drop in Revenues* que tanto gusta a los abogados italianos). El derecho colaborativo, donde el protagonismo de los abogados es insustituible, puede ser una buena vía para aproximarlos a los ADR...
- b. Puesto que no todo conflicto es mediable, ciudadanía y operadores jurídicos deberían conocer mejor la existencia de otros ADR. La utilidad/ recurso a uno de ellos no ha de implicar, de ningún modo, una evaluación comparativa. Ningún ADR es mejor que otro, sino el más adecuado a una situación/ colectivo concreto²⁴². Por algo otro modo de leer el término ADR es *Appropriate Dispute Resolution*.
- c. Es conveniente que las administraciones públicas -quizás coordinadas con los colegios profesionales de abogados, acaso también psicólogos...- se impliquen para facilitar, mediante webs identificables como institucionales, información adecuada de las cuestiones relativas a la disolución de las familias.

²⁴¹ *Guidelines for Child Custody Evaluations in Family Law Proceedings* <https://www.apa.org/practice/guidelines/child-custody.pdf>; Model Standards of Practice for Child Custody Evaluation.

²⁴² Recordaba -con una imagen particularmente apropiada- Lisa PARKINSON (2013, p. 213): “Comparing satisfaction rates of clients who used negotiations via solicitors or collaborative law with satisfaction rates of mediation participants could be described, simplistically, as comparing apples with lemons. A lemon is not bitten into like an apple: they are both fruit, but they are consumed differently.”

d. Debería potenciarse una jurisdicción especializada en familia y, en la medida de lo posible con procedimientos en que se atenúe el índice adversarial. Y no engañarse ideando soluciones que prescindan del derecho, que sigue desplegando una función tuitiva en última instancia, incluso en el diseño de esas medidas que lo minimizan en su implementación.

e. Debería ponerse en marcha un ambicioso Proyecto piloto de *Multi-door Justice* (la gestión, entrega y voluntariosa, de algunas oficinas judiciales en pro de la mediación no es suficiente). Y un Proyecto que no nazca con una duración acotada, breve, sino que permita un seguimiento y evaluación periódicos y que vaya acompañado por la oportuna partida presupuestaria y sesiones de formación continuada para todos los implicados (desde los jueces hasta los demás funcionarios de la administración de justicia, que van a ser los primeros derivadores a una opción u otra, pasando por los abogados).

f. Debería repensarse la intervención de los menores en el ámbito de los conflictos familiares, mediante el desarrollo de vías participativas no intrusivas en cualesquiera procedimientos de ADR (no sólo en mediación, aunque sea el procedimiento paradigmático). Justamente este aspecto –menos ambicioso en términos económicos que el anterior–, podría implementarse con una cierta rapidez y creemos poder asegurar que daría resultados pronto.

g. Es necesario disponer de estudios que combinen teoría y práctica. Posiblemente civilistas y procesalistas han de trabajar con sociólogos y otros expertos para conseguir cartografías reales de lo que ocurre y cómo evoluciona, a la vez que prospecciones no meramente especulativas. No podemos menos que envidiar iniciativas como “*Creating Paths of Family Justice*” (con el subtítulo “*Putting Research into Practice*”)²⁴³ desarrollado por algunas de las mejores especialistas en derecho de familia inglesas. Y son también necesarios estudios anticipatorios, porque en el vértigo en que se suceden las transformaciones en el mundo del derecho, cambios de paradigma como la *self-representation*, pueden aparecer y consolidarse en un lapso relativamente breve.

h. Debe apostarse de manera decidida por los procedimientos de resolución alternativa *on-line*. En los próximos años, los protagonistas de los conflictos familiares serán nativos digitales. Por tanto, deben tener a su alcance herramientas también digitales. Les resultarán más amables...

i. Deberían incorporarse sesiones de formación parental, de contenido acotado, dirigidas específicamente a descubrir a los progenitores como su conflicto repercute en el bienestar de sus hijos, más allá de imputaciones individuales. No se trata de pedagogías paternalistas, sino responsabilizadoras –por algo el concepto de “responsabilidades parentales” cada día tiene un mejor acomodo en nuestro derecho, más allá de la plasmación normativa-. Esta es otra propuesta implementable con una cierta rapidez, con los modelos de derecho comparado.

j. Los estudios de derecho deberían dedicar en sus planes de estudio una atención específica a los ADR y, si se nos permite, al derecho de familia *real*²⁴⁴.

9. Coda: Un juez de un juzgado de familia escribe a las partes en conflicto

Hemos hablado repetidamente de la implicación de los jueces en el fomento y buen desarrollo de los ADR. Por ello queríamos concluir reproduciendo la carta que el juez presidente de la división

²⁴³ Un resumen ejecutivo en

[http://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/collegeofsocialsciencesandinternationalstudies/law/images/familyregulationandsociety/Creating_Paths_briefing_paper_final_for_website_02.10.17_isbn_\(003\)_05-03-18.pdf](http://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/collegeofsocialsciencesandinternationalstudies/law/images/familyregulationandsociety/Creating_Paths_briefing_paper_final_for_website_02.10.17_isbn_(003)_05-03-18.pdf)

²⁴⁴ Aunque obviamente se trata de otro *ecosistema*, el debate en EEUU resulta especialmente útil (BABB, 2017)

de Familia en el Tribunal Superior de Los Ángeles, el honorable juez T.T. LEWIS envía a toda persona que se presente ante el tribunal. Es casi enternecedora en su simplicidad y en su propósito de iniciar una interlocución constructiva, pero, lo mejor, es efectiva.

Apreciado litigante:

Usted tiene un caso en nuestro tribunal. Durante este período de su vida, usted ha de tomar un número de decisiones acerca de su futuro. Yo querría que usted supiera que nuestro tribunal desea ayudarle a que el proceso sea lo más fácil posible. Sin embargo, acudir a los tribunales no es la única vía para resolver conflictos jurídicos familiares. Existen otras vías que incluyen la negociación directa de los abogados, o bien contar con un tercero neutral que ayude a las dos partes a negociar una solución (mediación) o el empleo de un método de resolución de problemas como el derecho colaborativo

Usted podría considerar utilizar alguno de esos mecanismos por varias razones:

- (1) Usted participaría de manera directa en la búsqueda de las soluciones
- (2) Usted probablemente sería capaz de resolver su conflicto antes
- (3) Pueden ser mucho menos onerosos
- (4) Usted, al acabar el proceso, tendría una relación mejor con su cónyuge actual.
- (5) Usted probablemente los encontraría menos estresantes que la intervención en una vista en el tribunal.

El acuerdo que usted obtenga no ha de ser necesariamente perfecto. Debe tratarse de un acuerdo que resulte aceptable para las dos partes. Usted puede hablar con su abogado, si cuenta con uno, sobre los posibles procedimientos para resolver su caso.

Redunda en su beneficio analizar las oportunidades (*opportunities*) para aminorar el conflicto y reducir los gastos que genera el procedimiento judicial. Mucha gente invierte tiempo, esfuerzos y dinero intentando obtener satisfacción prolongando la controversia, pero ello no garantiza a ninguna de las partes que queden plenamente satisfechas con el resultado obtenido.

Atentamente

Juez Supervisor²⁴⁵.

Departamento de Derecho de Familia,
Tribunal de Los Ángeles

²⁴⁵ Vid. versión original (LEWIS, 2015, pp.372-373). Hemos escogido este texto por su fuerza, pero no es un caso aislado. Como último ejemplo, el discurso que reitera la juez GESMER, de Nueva York, en las *settlement conferences* (SEMPLE, 2012, pp. 237-238): “Having a custody battle creates another risk for your teenager. She is at an age where she is facing social pressures, about drugs or alcohol or friends. // I know that you hope that she will turn to you for help in making these difficult decisions. From her point of view, the most important decision that you have ever made or will ever make is what’s going to happen to her and her little brother. If you go to trial, she will know that the two of you were unable to make that decision, and that you had to turn to a total stranger – me – to make it. She might conclude that you’re not very good at making decisions, and that you’re not the kind of people that she can rely on when she has difficult decisions to make”.

10. Bibliografía

Nadja ALEXANDER (2006), "Mobile Mediation: How technology is driving the globalization of ADR", *Hamline Journal of Public Law and Policy*, vol.27-2

Ramon ALZATE (2008), en Concepción SÁEZ RODRÍGUEZ (coord.), *La mediación Familiar. La mediación Penal y Penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Centro de Estudios Jurídicos, Thomson Aranzadi, Madrid.

Jelena ARSIĆ (2016), "Families and Mediation: The Impact of Various Mediation Styles in Child Custody Cases", *Facta Universitatis*, vol. 14, n. 4, pp. 515 – 529.

Miriam AVEDILLO - Lourdes CARRASCO - Elisabet GUTTART -Maria SACASAS (2015), *La coordinación de parentalidad. Cuando las familias ya no saben qué hacer*, Huygens Editorial, Barcelona.

Barbara B. BABB (2017), "Another Look at the Need for Family Law Education Reform: One Law School's Innovations", *Family Court Review*, vol. 55 No. 1, pp. 59-69.

Brenda L. BACON -Brad McKENZIE (2004), "Parent Education after Separation/Divorce. Impact of the Level of Parental Conflict on Outcomes", *Family Court Review*, vol. 42, n. 1, pp.85-98.

Elisabeth BACH-VAN HORN (2008), "Virtual Visitation: Are Webcams being used as an Excuse to allow Relocation?", *J. Am. Acad. Matrim. Law*, vol.1, pp.171-192.

Anne BARLOW (2017), "Rising to the post-LASPO challenge: How *should* mediation respond?", *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol.39-2, pp. 203-222.

Adrienne BARNETT (2017), "Family law without lawyers – A systems theory perspective", *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol.39-2, pp. 223-245.

Allan BARSKY (2007), "Mediative evaluations: the pros and Perils of blending roles", *Family Courts Review*, vol. 45 No. 4, pp. 560-572.

-- (2016), "The Ethics of App-Assisted Family Mediation", *Conflict Resolution Quarterly*, vol.34.1, pp.161-176.

Immaculada BARRAL (2018), "Comentario al artículo 6", en Isabel VIOLA (dir.) / Immaculada BARRAL-Elena LAUROBA (coords.), *Comentarios a la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado y concordantes*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paolo, pp. 54-61.

Joaquín BAYO DELGADO (2014), "Comentario al art. 233-7", en Joan EGEA FERNÁNDEZ-Josep FERRER RIBA (dirs.) Esther FARNÓS i AMORÓS (coord.), *Comentari al Llibre segon del Codi civil de Catalunya*, Ed. Atelier, Barcelona, pp.422-426.

Marco BONA (2015), *La negoziazione assistita nei sinistri stradali. Come districarci tra negoziazione assistita, mediazione, procedure liquidative e conciliazioni in giudizio nelle controversie per danno alla persona*, Maggioli Editore.

Yishai BOYARIN (2012), "Court-connected ADR—a time of crisis, a time of change", *Family Court Review*, vol. 50 n. 3, pp. 377-404.

Don BOWEN (2013), "A Critique of Private Sessions in Family Mediation", *SAGE Open*, Jan-March, pp.1-7. Disponible en: <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/2158244013478950>

William RJP BROWN - Lauren BEHRMAN - Jeffrey ZIMMERMAN (2017), "Duel or Dual: An Interdisciplinary Approach to Parenting Coordination for Uber-Conflicted Parenting Relationships", *Family Court Review*, vol. 55 n. 3, pp. 354-361.

Michael J. BROYDE (2016), "Multicultural ADR and Family Law: A Brief Introduction to the Complexities of Religious Arbitration", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 17, pp.793-822.

Luis BUENO OCHOA (2015), "Cruce y descruce de miradas al derecho colaborativo", *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, pp.107-121.

Tristan CASEY - Elisabeth WILSON-EVERED (2012), "Predicting uptake of technology innovations in online family dispute resolution services: An application and extension of the UTAUT", *Computers in Human Behavior*, vol.28, pp.2034-2045.

Judy CASHMORE- Patrick PARKINSON (2009), "Children's participation in family law disputes. The views of children, parents, lawyers and counsellors", *Family Matters*, n.82, pp.15-21.

Christine A. COATES - Robin DEUTSCH - Hugh STARNES- Matthew J. SULLIVAN- Bea Lisa SYDLIK (2003), "Parenting Coordination for High-conflict Families", *Family Court Review*, vol. 41, p.1 ss.

Robin DEUTSCH (2008), "Divorce in the 21st century: Multidisciplinary family interventions", *The Journal of Psychiatry & Law*, 36/Spring, p. 41 ss.

Giuseppe DE PALO - Leonardo D'URSO - Mary TREVOR - Bryan BRANON - Romina CANESSA - Beverly CAWYER - L. Reagan FLORENCE (2014), *Rebooting' The Mediation Directive: Assessing the limited Impact of its Implementation and proposing Measures to increase the Number of Mediations in the EU*, Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)

Alison DIDUCK (2016), "Autonomy and Family Justice", *Child & Family Law Quarterly*, vol.28, pp.133-150.

John EEKELAAR – Mavis MACLEAN (2013), *Family Justice. The Work of Family Judges in Uncertain Times*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

Desmond ELLIS (2015), "The family court-based stepping stones model of triage: some concerns about safety, process, and objectives", *Family Court Review*, Vol. 53 No. 4, pp.650–662.

Patricia ESTEVE ESTEVE (2016), "Abogado colaborativo: una nueva forma de resolución de conflictos", *RJC*, 2016-1, pp.71-95.

Jan EWING - Rosemary HUNTER - Anne BARLOW - Janet SMITHSON (2015), "Children's voices: centre-stage or sidelined in out-of-court dispute resolution in England and Wales?", *Child and Family Law Quarterly*, vol. 27-1, pp.43-62.

Linda FIELDSTONE- Debra K. CARTER- Timothy KING - James P. McHale (2011), "Training, Skills, and Practices of Parenting Coordinators: Florida Statewide Study", *Family Court Review*, n.4, p. 801 ss.

Christina FOX (2010-2011), "Contracting for Arbitration in Custody Disputes: Parental Autonomy vs. State Responsibility", *Cardozo Journal Conflict Resolution*, 2010-2011, pp. 547-572.

Alicia GARCÍA-HERRERA (2016), "Reestructuración de la familia tras la separación parental: mediación intrajudicial, mediación en el punto de encuentro y coordinación de parentalidad", *InDret*. Disponible en <http://www.indret.com>

Esperança GINEBRA - Jaume TARABAL (2013), "La obligatoriedad de la mediación: derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación", *InDret*. Disponible en: <http://www.indret.com>

-- (2014), "Mediación obligatoria e inducción a la mediación", en Elena LAUROBA - Pascual ORTUÑO (coords.), *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, Ed. Huygens, Barcelona, pp. 227-234.

Phillipe GILLIERON (2008), "From Face-to-Face to Screen-to-Screen: Real Hope or True Fallacy", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol.23-1, pp. 301-343.

Martín GÓMEZ (2010), "El arbitraje en el Derecho de Familia en España: un reto de futuro", *Revista de derecho de familia*, 48, pp. 25-34.

Alain-Charles Van GYSEL (dir.) (2009), *Précis de droit de la famille*, Bruylant, Bruselas.

Martin GRAMATIKOV - Laura KLAMING (2012), "Getting divorced online: procedural and outcome justice in online divorce mediation", *Journal of Law and Family Studies*, vol.14, pp.97-120.

Elayne GREENBERG (2010), "Fine Tuning the Branding of Parenting Coordination: "... You may get what you need", *Family Court Review*, vol.48-1, pp. 206-211.

Timothy HEEDEN (2011-2012), "Remodeling the Multi-door Courthouse to "fit the forum to the folks": how screening and preparation will enhance ADR", *Marquette Law Review*, vol.95, pp.941-954.

Wilma J. HENRY - Linda FIELDSTONE - Kelly BOHAC (2009), "Parenting coordination and court relitigation: a case study", *Family Court Review*, vol. 47-4, pp.682-697.

Silvia HINOJAL LÓPEZ (2005) "Los menores ante la mediación", en M^a J. Ruíz Martín, *Mediación y protección de menores en derecho de familia*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.

Colin KAESER (2004), "The Emergence of Arbitration in Family Law in Australia", *ADR Bulletin*, vol.6, n.7, pp.125-130.

Joan B. KELLY (2008), "Preparing for the Parenting Coordination Role: Training Needs for Mental Health and Legal Professionals", *Journal of Child Custody*, vol.5 1/2, pp.140-160.

Wendy KENNETT (2016), "It's Arbitration, but not as we know it: Reflections on Family Law Dispute Resolution", *International Journal of Law, Policy and the Family*, pp.1-31.

Shelley KIERSTEAD (2011), "Parent education programs in family courts: balancing autonomy and state intervention", *Family Court Review*, pp. 140-154.

Abraham KUHL (2008), "Family Law Online: the Impact of the Internet", *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol.21, pp. 228-243.

Elisabeth KRUSE (2008), "ADR, technology, and new court rules - Family law trends for the twenty-first Century", *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol.21, pp.207-223.

John LANDE - Gregg HERMAN (2004), "'Fitting the forum to the family fuss: choosing mediation, collaborative law or cooperative law for negotiating divorce cases", vol.42(2) *Family Court Review*, pp.280-291.

John LANDE (2011), "An Empirical Analysis of Collaborative Practice", *Family Court Review*, vol.49, pp.247-281.

-- (2012), "The Revolution in Family Law Dispute Resolution", *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol. 24, pp. 411-449.

Virginie LARRIBEAU-TERNEYRE (2012), "Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? (à propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative)", *Droit de famille*, pp.12-18.

Elena LAUROBA (2011a), "La mediación en Cataluña", en Núria GINÉS (coord.), *Familia del siglo XXI: algunas novedades del libro II del Código civil de Cataluña*, J.M. Bosch, ed., Barcelona, pp. 141-193.

-- (2011b), "Comentario al art. 224-1", en Pascual ORTUÑO (coord.), *Persona y familia. Libro Segundo del Código civil de Cataluña*, Ed.Sepín, Madrid, pp. 364-374.

-- (2012), "Los Planes de Parentalidad en el Libro Segundo del Código civil de Cataluña", *RJC*, pp. 887-916.

-- (2013a), "Els plans de Parentalitat en el Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya", Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família, Materials de les Dissetenes Jornades de dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, 2013; pp. 307-333.

-- (2013b), "Familias con alto nivel de conflictividad: régimen de guarda y protección del interés de los menores", *Sepin. Familia y Sucesiones*, 2º sem., nº.103, pp. 15-23.

-- (2018), "Los conflictos familiares: otro ámbito idóneo para la consolidación de los ODRs", en Immaculada BARRAL (ed.), *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*, Ed. Reus, Madrid, pp.281-296.

Elena LAUROBA - Joan MARSAL (2006), "The Agreements between Parents about their Parental Powers and Duties in case of Annulment, divorce or judicial separation: The role of the Children", en Miquel MARTÍN-CASALS- Jordi RIBOT (eds.), *The Role for Self-determination in the Modernisation of Family Law in Europe*, International Society of Family Law, 2003 European Regional Conference, Documenta universitaria, pp.265-284.

Elena LAUROBA - Pascual ORTUÑO (2014), *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Juygens-Gemme, Barcelona.

Elena LAUROBA - Montserrat TUR (2017-2018), "Gestionar els conflictes mitjançant el "dret col·laboratiu": Una opció amb futur", *Món Jurídic*, pp.20-21.

Dafna LAVI (2014-2015), "No more click? click in here: e-mediation in divorce disputes the reality and the desirable", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, pp.479-541.

Thomas Trent LEWIS (2015), "Helping families by maintaining a strong well-funded family court that encourages consensual peacemaking: a judicial perspective", *Family Court Review*, vol.53-3, pp.371-377.

Audrey MACKLIN (2013), "Multiculturalism meets privatisation: the case of faith-based arbitration », *International Journal of Law in Context*, 9, 3 pp. 343-365

Mavis MACLEAN - John EEKELAAR (2016), *Lawyers and Mediators. The Brave New World of Services for Separating Families*, Bloomsbury.

Magaly MARRODÁN PASCUAL (2014), "La intervención mediadora en los puntos de encuentro familiar de la comunidad foral de Navarra: una experiencia innovadora", LAUROBA LACASA-ORTUÑO MUÑOZ (coords.), *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, Ed. Huygens, Barcelona, pp.65-74.

Fernando MARTÍN FIZ (2010), *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, CGPJ, Madrid.

José Alberto MARÍN SÁNCHEZ (2018), "Comentario al artículo 19", en Isabel VIOLA (dir.) / Immaculada BARRAL-Elena LAUROBA (coords.), *Comentarios a la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado y concordantes*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paolo, pp.130-134.

Lawrence MAXVELL, Jr. (2007), "The development of collaborative law", *Alternative Resolutions*, vol.16, ns.3-5, pp.22-25 y 50.

Michelle MITCHAM-SMITH - Wilma J. HENRY (2007), "High-Conflict Divorce Solutions: Parenting Coordination as an Innovative Co-Parenting Intervention", *The Family Journal* 15, pp. 368-373.

Lawrie MOLONEY (2013), "From helping court to community-based services: The 30-year evolution of Australia's family relationship centres", *Family Court Review*, vol.51-2, pp. 214-223.

J.T. MONTIEL (2015), "Out on a limb: appointing a parenting coordinator with decision-making authority in the absence of a statute or rule", *Family Court Review*, vol. 53 No. 4, pp. 578-588.

Forrest S. MOSTEN (2008), "Collaborative Law Practice: An Unbundled Approach to Informed Client Decision Making", *Journal Dispute Resolution*, pp.163-193.

-- (2011), "Confidential Mini Child-Custody Evaluations: Another ADR Option", *Family Law Quarterly*, vol.45-1, pp. 119-132.

Sheila NAGARAJ (2007), "The Marriage of Family Law and Private Judging in California", *Yale Law Journal*, pp. 1615-1623.

Pascual ORTUÑO (2014a), "La supervisión de las relaciones parentales tras la sentencia judicial. Comentario a los arts. 233-13 y 236-3 CCCat", *Sepin. Familia y sucesiones*, 2º trim, n.107.

-- (2014b), "Comentario a los arts. 233-6 y 233-7", en Joan EGEA FERNÁNDEZ-, Josep FERRER RIBA (dirs.), Esther FARNÓS i AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, pp.410-426.

-- (2014 c), "La coordinació de Parentalitat", *Mon Jurídic*, n. 284, pp.34-35.

-- (2015), "Gestionar los conflictos familiares: del monopolio jurisdiccional a las propuestas 'multi-door'", *El Nuevo Derecho de familia y los nuevos modelos de familia. Novedades doctrinales y Jurisprudencia. Libro Homenaje a Encarna Roca Trías*, Thomson Reuters Aranzadi, pp.85-93.

-- (2016), "Panorama de los Medios Alternativos de Resolución de Controversias, y su impacto en la Modernización De La Justicia", *RJC*, pp.33-43.

Louise OTIS - Eric H. HEINER (2006), "Mediation by Judges: A New Phenomenon in the Transformation of Justice", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol.6-3, pp. 351-403.

Lisa PARKINSON (2013), "The Place of Mediation in the Family Justice System", *Child and Family Law Quarterly Vol 25, No 2*, 2013, pp.200-213.

Patrick PARKINSON (2011), *The indissolubly of Parenthood*, Cambridge University Press.

-- (2013), "The Idea of Family Relationship Centres", *Family Court Review*, vol. 51, pp.195-213.

--(2014), "The Challenge of Affordable Family Law (August 20, 2014). World Conference of the International Society of Family Law, Recife; Sydney Law School Research Paper No. 14/78. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2484274>

Yvonne PEARSON (2006), "Early Neutral Evaluations: Applications to custody and parenting time cases program development and implementation in Hennepin County, Minnesota", *Family Court Review*, vol. 44 No. 4, pp.672-682.

Vicente PÉREZ DAUDÍ (2018), "Comentario al artículo 4", en Isabel VIOLA (dir.) / Immaculada BARRAL-Elena LAUROBA (coords.), *Comentarios a la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado y concordantes*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paolo, pp. 38-43.

Claudia PICCINELLI, Silvia MAZZONI, Debra K. CARTER (2014), "La coordinazione genitoriale, dagli USA un nuovo intervento di supporto per le coppie in separazione/divorzio ad elevata

conflittualità crónica”, *Diritto della Famiglia e dei Minori*, Disponible en http://www.ilcaso.it/articoli/fmi.php?id_cont=768.php

Daniel B. PICKAR (2011), “Intermittent evaluative mediation with enduring, postdivorce conflict”, *Journal of Child Custody*, pp. 143-165.

Susan PIDGEON (2013), “From policy to implementation—how family Relationship centres became a reality”, *Family Court Review*, vol. 51, pp.224-233.

Susan L. POLLET - Melissa LOMBREGLIA (2008), “A Nationwide survey of mandatory parent education”, *Family Court Review*, vol. 46 n.2, p. 375 y ss.

John W. PUTZ, Robin H. BALLARD, Julia Gruber ARANY, Amy G. APPELGATE y Amy HOLTZWORTH-MUNROE (2012), “Comparing the Mediation Agreements of Families with and without a History of Intimate Partner Violence”, *Family Court Review*, vol. 50, pp. 413-428

Helen RHOADES, (2010), “Mandatory mediation of family disputes: reflections from Australia”, *Journal of Social Welfare & Family Law*, vol. 32, n. 2, pp. 183-194.

Encarnación ROCA TRÍAS (2005), “Crisis matrimonial y arbitraje”, *Anuario de Justicia alternativa*, 6/2005, pp. 1-27.

-- (2012) *Libertad y Familia. Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número por la Exma... y contestación del Excmo. Sr. D. Luís Díaz-Picazo y Ponce de León*, Tirant lo Blanch, Madrid,

Carmen RODRÍGUEZ GARCÍA (2012), “El modelo de mediación y su adaptación a las familias del punto de encuentro familiar”, *Revista de Mediación*, 1er sem., pp.27-32.

Fernanda S. ROSSI, Any HOLTZWORTH-MUNROE, Amy G.APPELGATE, Connie J. BEK, Jeannie M. ADAMS y Darrarl F. HALE (2017), “Shuttle and online Mediation: a Review of available Research and Implications for Separating Couples reporting intimate Partner violence or abuse”, *Family Court Review*, v.55, pp. 390-403.

Álvaro RUBIO ÁLVAREZ - Rocío MARTÍN GALACHO (2012), “Intervención con actuaciones mediadoras en cinco casos conflictivos en un punto de encuentro familiar”, *Revista de Mediación*, nº 9, pp.39-45.

B. RUDD, R. OGLE, A. HOLTZWORTH-MUNROE - A.G. APPELGATE - B.ONOFRIO (2015), “Child-informed Mediation Study Follow-up: Comparing the Frequency of Re-litigation Following Different Types of Family Mediation”, vol.21-4, pp. 452-457.

Michele RUVOLO (s.f.), "Negoziazione assistita in materia civile: casi e questioni", disponibile en http://www.ordineavvocatimilano.it/upload%2Ffile%2FAllegati_articoli%2FNegoziiazione_assis tita_18-05-15_Ruvolo.pdf

Peter SALEM (2009), "The emergence of triage in family court services: the beginning of the end for mandatory mediation?", *Family Court Review*, vol. 47-3, pp.371-388.

Frank E.A. SANDER & Stephen B. GOLDBERG (1994), "Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure", *Negotiation Journal*, pp.49-68.

Frank SANDER (1985), "Alternative Methods of Dispute Resolution: an overview", *University of Florida Law Review*, vol.37, pp.1-18.

Frank E.A. SANDER & Lukasz ROZDEICZER (2006), "Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach", *Harvard Negotiation Law Review*, vol.11, pp.1-41.

Andrea Kupfer SCHNEIDER (2000), "Building a Pedagogy of Problem-Solving: Learning to Choose Among ADR Processes", *Harvard Negotiation Law Review*, pp. 113-136.

Andrew SCHEPARD (2006-2007), "Kramer vs. Kramer revisited: a comment on the Miller Commission Report and the obligation of divorce lawyers for parents to discuss alternative dispute resolution with their clients", *Pace Law Review*, pp.677-707.

David G. SCHRAMM -Graham MCCAULLEY (2012), "Divorce Education for Parents: A Comparison of Online and In-Person Delivery Methods", *Journal of Divorce & Remarriage*, n. 53, p. 602-617.

Noel SEMPLE (2012), "Mandatory Family Mediation and the Settlement Mission: A Feminist Critique", *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 24-1, pp. 207-239.

Jana B. SINGER (2009), "Dispute resolution and the postdivorce family: implications of a paradigm shift", *Family Court Review*, vol. 47 no. 3, pp.363-370.

Norman SOLOVAY - Lawrence R. MAXWELL, Jr. (2009), "Why...", *New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 2, núm.1, (disponible en http://www.collaborativelaw.us/articles/Why_a_Uniform_Collaborative_Law_Act.pdf)

Miguel Angel SORIA - Ansel GUILLAMAT - Lourdes CARRASCO - Montserrat YEPES - Patricia ALBA (2011), *Utilitat de la mediació familiar en casos arxivats dels jutjats de violència vers la dona: millor resposta judicial cribant entre delictes i conflicte*, Centre d'Estudis Jurídics, Barcelona.

Felix STEFFEK (2016), "The Relationship between Mediation and Other Forms of Alternative Dispute Resolution", en Directorate General or Internal Policies Policy Department Citizen's Rights and Constitutional Affairs, *The Implementation of the Mediation Directive 29 November 2016 Compilation of In-depth Analyses* (disponible en <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>)

Nicola TAYLOR (2017), "Child Participation: Overcoming Disparity between New Zealand's Family Court and Out-of-court Dispute Resolution Processes", *International Journal of Children's Rights*, vol.25, pp.658-671.

Pauline H. TESLER (2004), "Collaborative Family Law", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol.3, pp. 317-336.

-- (2017), "Can this relationship be saved? the legal profession and families in transition", *Family Court Review*, vol.55-1, pp.38-58.

Isabel TOMÁS (2011), "Comentario al art. 233-7", en Pascual ORTUÑO (coord.), *Persona y familia. Libro Segundo del Código civil de Cataluña*, Ed.Sepín, Madrid, pp.847-848.

Liz TRINDER - Rosemary HUNTER - Emma HITCHINGS - Joanna MILES - Richard MOORHEAD - Leanne SMITH - Mark SEFTON - Victoria HINCHLY, Kay BADER y Julia PEARCE (2014), *Litigants in person in Private Family Law Cases*, https://www.familylaw.co.uk/system/redactor_assets/documents/2189/litigants-in-person-in-private-family-law-cases.pdf

Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO (2013), "La resolución de disputas en línea en el marco de la modernización de la justicia (la RDL como acceso electrónico de los ciudadanos a la administración de justicia)", en Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO (dir.)- Carmen FERNÁNDEZ CANALES (coord.), *Estudios sobre Justicia on line*, Ed. Comares, Granada, pp.213-240.

Jorge VERGARA- Ansel GUILLAMAT (2009), "Experiencia piloto de Mediación familiar en conflictos familiares derivados de procedimientos archivados en los juzgados de VIDO", *Simposi sobre Tribunals i Mediació. Nous camins per a la Justícia. Comunicacions*. Ed. Huygens, pp.91-98.

Nancy Ver STEEGH (2003), "Yes, No, and Maybe: Informed Decision Making about Divorce Mediation in the Presence of Domestic Violence", *William. & Mary Journal of Women and the Law*, vol.9, pp.145-2006

-- (2008-2009) "Family Court Reform and ADR: Shifting Values and Expectations Transform the Divorce Process", *Family Law Quarterly*, vol. 42, pp. 659-671.

Aura Esther VILALTA NICUESA (2018), "Comentario al artículo 8", en Isabel VIOLA (dir.) / Immaculada BARRAL-Elena LAUROBA (coords.), *Comentarios a la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado y concordantes*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-

Buenos Aires-Sao Paulo, pp.69-74.

Isabel VIOLA DEMESTRE (2007), "Arbitraje y derecho de familia", en Jorge Luis COLLANTES GONZÁLEZ, (dir): *Arbitraje. El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, 2ª parte, vol. 4, Perú, 2007, pp. 43-72.

Dolors VIÑAS MAESTRE (2014a), "Comentario al artículo 233-13", en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA, (dirs.), Esther FARNÓS i Amorós (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, pp.459-461.

-- (2014b) "Comentario a la Disposició Addicional Novena", en Joan EGEA FERNÁNDEZ, Josep FERRER RIBA, (dirs.), Esther FARNÓS i AMORÓS (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, p.1097.

Stu WEBB - Ron OUSKY (2011), "History and Development of collaborative Practice", *Family Court Review*, vol. 49-2, pp. 213-220.

Penelope WELBOURNE (2016), "Adversarial courts, therapeutic justice and protecting children in the family justice system", *Child and Family Law Quarterly*, vol. 28, n. 3, pp.205-221.

Barbara E.WILSON (1996), "Who's Watching out for the Children - Making Child Custody Determinable by Binding Arbitration - Dick v.Dick", *Journal of Dispute Resolution*, vol.1, pp.225-235.

Gabriella L. ZBOROVSKY (2008), "Baby steps to "grown-up" divorce: the Introduction of the collaborative Family Law Center and the continued need for true no-fault divorce in New York", *Cardozo Law Review*, 2008, vol.3, pp.305-333.

11. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>ECLI</i>
STSJC 26.2.2015	M ^a Eugènia Alegret Burgués	ES:TSJCAT:2015:551
STSJC 12.1.2017	M ^a Eugènia Alegret Burgués	ES:TSJCAT:2017:486

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>ECLI</i>
SAP Palma de Mallorca, sec.4 ^a , 4.5.2018,	Álvaro Latorre Gómez	ES:APIB:2018:839
SAP Valencia, sec.10 ^a , 23.4.2018	Jorge-Enrique de Motta García-España	ES:APV:2018:1518A
SAP Santiago de Compostela, sec.6 ^a , 30.6.2017	Jorge Ginés Cid Carballo	ES:APC:2017:1524
SAP Barcelona, sec.12 ^a , 26.7.2013 JVM 2 Barcelona	Pascual Ortuño	ES:APB:2013:7552
SAP Barcelona, sec.18 ^a , 17.2.2014 JPI 7 Mataró	M ^a José Pérez Tormo	ES:APB:2014:1444